

Wandel in der Rechtsprechung
zur Sittenwidrigkeit
von „Mätressentestamenten“
unter Berücksichtigung
soziologischer Gesichtspunkte

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Heinrich Siemens
aus Lemgo

1974



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554811_0055

**Wandel in der Rechtsprechung
zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten"
unter Berücksichtigung soziologischer Gesichtspunkte**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

**vorgelegt von
Heinrich Siemens
aus Lemgo
1974**



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heckelmann
Dekan: Prof. Dr. Kollhoser
Tag der mündlichen Prüfung: 25. 1. 1974

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
Teil A: Bisherige Konkretisierung der "guten Sitten" bei "Mätressentestamenten"	4
I. Konkretisierung vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches	4
1. Die "boni mores" im Römischen und Gemeinen Recht	5
2. Die "guten Sitten" im Gesetzgebungsverfahren zum Bürgerlichen Gesetzbuch	6
II. Konkretisierung durch die Rechtsprechung	9
1. Höchstrichterliche Rechtsprechung bis 1945	9
a. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden	9
b. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts	12
c. Sexuelle Motivation	16
d. Achtenswerte Beweggründe	17
e. Darlegungs- und Beweislast	21
f. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	21
2. Höchstrichterliche Rechtsprechung nach 1945 bis zur Konstituierung des Bundesgerichtshofs	24
3. Höchstrichterliche Rechtsprechung seit Konstituierung des Bundesgerichtshofs	27
a. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Sittlichkeit	27
b. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts	30
c. Sexuelle Motivation und achtenswerte Beweggründe	32
d. Darlegungs- und Beweislast	35

e. Wandel in der Rechtsprechung	39
f. Schutz von Ehe und Familie und andere achtenswerte Beweggründe	44
g. Teilnichtigkeit	49
h. Wertordnung des bürgerlichen Rechts	52
i. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	53
III. Ergebnis	55
Teil B: Konkretisierung der "guten Sitten" in unserer pluralistischen Gesellschaft	56
I. Die Ausfüllung von Generalklauseln als Aufgabe der Gerichte	57
II. Maßstäbe zur Konkretisierung	60
1. Maßstabslose richterliche Rechtsfortbildung	60
2. Übergesetzliche Wertordnungen	63
a. Naturrecht	64
b. Materiale Wertethik	70
3. Gesellschaftliche Auffassungen	71
a. Sitte, Sittlichkeit und Recht	75
b. Das konkretisierungsbedürftige Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden	78
c. Durchschnittswertung als Ergebnis demokratischer Wirklichkeit	80
d. Ermittlung gesellschaftlicher Auffassungen	86
aa) Ermittlung durch Volksbefragung	87
bb) Ermittlung durch Parlamentsentscheidung	88
cc) Ermittlung durch empirische Sozialforschung	89
e. Ermittlung der Durchschnittswertung	97
aa) Berücksichtigung der Ergebnisse der empirischen Sozialforschung	97

bb) Berücksichtigung der Erkenntnisse der allgemeinen Soziologie	101
f. Verpflichtende Norm und tatsächliches Sein	101
III. Verwertung der empirischen Sozial- forschung im gerichtlichen Verfahren	104
Teil C: Konsequenzen für die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten"	108
I. Ergebnisse praktischer Umfrageforschung	109
II. Soziologie der Sexualität der Ehe und Familie in einer Zeit sozialen Wandels	114
1. Sozialer Wandel	114
2. Soziologie der Ehe und Familie	117
3. Soziologie der Sexualität	125
III. Anforderungen an die Rechtsprechung zu den "Mätressentestamenten". Zugleich eine Zu- sammenfassung	132
1. Testierfreiheit und Familienerbrecht	133
2. Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB	138
a. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts	138
b. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt	142
c. Zur Konkretisierung der "guten Sitten"	145
d. Teilnichtigkeit	148

Literaturverzeichnis

- | | |
|------------------------|---|
| Adickes, Franz | Zur Lehre von den Rechtsquellen
Kassel und Göttingen 1872 |
| Arndt, Adolf | Das Bild des Richters
Karlsruhe 1957 |
| Arzt, Gunther | Die Ansicht aller billig und
gerecht Denkenden.
Geschichtliche Wurzel, theore-
tische Begründung und prakti-
sche Auswertung
Diss., Tübingen 1962 |
| Böhm, Klaus | Besprechung: Simshäuser, Zur
Sittenwidrigkeit der Geliebten-
Testamente
Bielefeld 1971
FamRZ 1971, 605 f. |
| Boehmer, Gustav | Einführung in das bürgerliche
Recht
2. Aufl.,
Tübingen 1965 |
| Ballweg, Ottmar | Zu einer Lehre von der Natur
der Sache
Basel 1960 |
| Bartholomeyczik, Horst | Der maßgebende Zeitpunkt für
die Bestimmung der Sittenwi-
drigkeit nichtiger Verfügungen
von Todes wegen.
Ein Beitrag zum Sinnverständ-
nis des dogmatischen Verhält-
nisses von Willenserklärung
und Rechtsgeschäft
in: Festschrift zum 150jährigen
Bestehen des Oberlandesge-
richts Zweibrücken, S. 26 ff.
Wiesbaden 1969 |

VII

- Bartholomeyczik, Horst Erbrecht
9. Aufl., München 1971
- Baumbach, Adolf
Lauterbach, Wolfgang
Albers, Jan
Hartmann, Peter Zivilprozeßordnung, Kommentar
31. Aufl., München 1973
(zit.: Baumbach-Lauterbach, ZPO)
- Baur, Fritz Sozialer Ausgleich durch Richterspruch
JZ 1957, 193 ff.
- Benda, Ernst
Kreuzer, Karl Demoskopie und Recht
JZ 1972, 497 ff.
- von Bieberstein,
Fritz Freiherr Marschall Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze
Stuttgart 1927
- Birk, Ludwig Der Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Testamenten und Erbverträgen
FamRZ 1964, S. 120 ff.
- Birke, Wolfgang Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen
Köln 1968
- Boehmer, Gustav Erbrecht Art. 14 GG
in: Neumann, Franz L. - Nipperdey, Hans Carl - Scheuner, Ulrich: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte; Bd. II,
2. Aufl., Berlin 1968
(zit.: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II)

Bolte, Karl Martin und
Aschenbrenner, Katrin

Die gesellschaftliche Situation
der Gegenwart

5. überarbeitete Aufl., Opladen
1968

Bosch, Friedrich Wilhelm

Anm. zu BGH Urt. v. 15.6.1955

FamRZ 1963, 290

-

Ehe und Familie in der Rechts-
ordnung. (Gesetzgebungs-Rechts-
sprechung-Wissenschaft). Ins-
besondere ein Beitrag zum The-
ma "Gesetz und Richter"

FamRZ 1966, 57 ff.

Breithaupt, Walter

Anm. zu BGH Urt. v. 26.2.1968

NJW 1968, 932 f.

v. Bremen-Kühne,
York-Friedrich

Anm. zu OLG Celle Urt. v.
5.7.1955

NJW 1956, 265 f.

Brox, Hans

Erbrecht

2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1972

Bülow, Oskar

Gesetz und Richteramt

Leipzig 1885

Capelle, Karl-Hermann

Zum Verhältnis von Gesetz und
Rechtswirklichkeit in der Wirt-
schaft

in: Hamburger Jahrbuch für
Wirtschafts- und Gesell-
schaftspolitik, S. 47 ff.

5. Jahr, Tübingen 1960

Dahrendorf, Ralf

Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, S. 260 ff.

5. Jahr, Tübingen 1960

-

Sozialer Wandel
in: Bernsdorf, Wilhelm: Wörterbuch der Soziologie

2. Ausg., Stuttgart 1969

Drath, Martin

Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft. Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden?

in: Böhme, Wolfgang: Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, S. 86 ff.

Karlsruhe 1968

Dreier, Ralf

Zum Begriff der "Natur der Sache"

Berlin 1965

Drews, Bill - Wacke, Gerhard

Allgemeines Polizeirecht

7. Aufl., Berlin, Köln, München, Bonn 1961

Drost, Heinrich

Das Ermessen des Strafrichters

Berlin 1930

Dürig, Günter

Grundrechte und Zivilrecht-
sprechung
in: Festschrift für Hans Na-
wlawsky, S. 157 ff.

München 1956
(zit.: Festschrift für Hans
Nawlawsky)

Emge, Martinus

Soziologie der ethischen Leh-
ren
in: Bernsdorf, Wilhelm: Wör-
terbuch der Soziologie,
S. 1067

2. Ausg., Stuttgart 1969

Engisch, Karl

Die Idee der Konkretisierung
in Recht und Rechtswissen-
schaft unserer Zeit

Heidelberg 1953

-

Einführung in das juristische
Denken

4. Aufl., 1968

-

Logische Studien zur Gesetzes-
anwendung

3. Aufl., Heidelberg 1963

Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans Carl

Allgemeiner Teil des bürger-
lichen Rechts. I. Halbband,

15. Aufl., Tübingen 1959
(zit.: Allgemeiner Teil)

Erman, Walter -
Westermann, Harm Peter

Handkommentar zum Bürgerli-
chen Gesetzbuch, 2. Bd.

5. Aufl., Münster 1972
(zit.: Erman-Verfasser)

Esser, Josef

Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates. Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und in die Rechtsphilosophie

Wien 1949

-

Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts

2. Aufl., Tübingen 1964
(zit.: Grundsatz und Norm)

-

Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht
in: Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 95 ff.

Tübingen 1967
(zit.: Festschrift Fritz v. Hippel)

-

Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilrecht

Karlsruhe 1965

Fechner, Erich

Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts. Das Naturrechtsproblem im Schatten der Soziologie
in: Maihofer, Werner: Naturrecht oder Rechtspositivismus, S. 257 ff.

Darmstadt 1962

-

Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts

Tübingen 1956

Feest, Johannes

Die Bundesrichter: Herkunft,
Karriere und Selektion der ju-
ristischen Elite
in: Zapf, Wolfgang: Beiträge
zur Analyse der deutschen
Oberschicht, S. 127 ff.

Tübingen 1964

Flume, Werner

Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Rechts. Zweiter Band. Das
Rechtsgeschäft

Berlin, Heidelberg, New York
1965

v. Friedeberg, Ludwig

Diskussionsbeitrag zur Stellung
der Familie
in: Verhandlungen des 44. Deut-
schen Juristentages (Hanno-
ver 1962). Bd. II, C. 80-85

Tübingen 1964
(zit.: Verhandlungen des 44.
Deutschen Juristentages, Bd. II)

Friedmann, Wolfgang

Recht und sozialer Wandel

Frankfurt am Main 1969

Friedrich, Carl J.

Rechtsphilosophie und Politik:
Gedanken zur Perversion und
Korruption
in: Festschrift für Fritz v.
Hippel

Tübingen 1967, S. 131 ff.
(zit.: Festschrift Fritz v.
Hippel)

Friesenhahn, Ernst

Über Begriff und Arten der
Rechtsprechung
in: Festschrift für Richard
Thoma

Tübingen 1950, S. 21 ff.
(zit.: Festschrift Richard
Thoma)

Gaul, Hans Friedhelm

Besprechung: Soergel-Siebert,
Bürgerliches Gesetzbuch,
V. Band: Erbrecht (§§ 1922 bis
2385). Einführungsgesetz zum
BGB

9. neubearbeitete Aufl., Stutt-
gart 1961

FamRZ 1961, 500 ff. (hier: 501 f.)

Geiger, Theodor

Vorstudien zu einer Soziologie
des Rechts

Neuwied am Rhein und Berlin 1964

Gernhuber, Joachim

Testierfreiheit, Sittenordnung
und Familie

FamRZ 1960, 326 ff.

Gierke, Otto

Der Entwurf eines bürgerlichen
Gesetzbuches und das deutsche
Recht

Leipzig 1889

Hartmann, Nicolai

Ethik

3. Aufl., Berlin 1949

Heck, Philipp

Das Problem der Rechtsgewinnung

Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin,
Zürich 1968

-

Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz

Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin,
Zürich 1968

Hedemann, Justus Wilhelm

Die Flucht in die Generalklau-
seln

Tübingen 1933

Heldrich, Andreas

Fälle und Lösungen nach höchst-
richterlichen Entscheidungen.
EGB-Erbrecht

Karlsruhe 1970

Henkel, Heinrich

Einführung in die Rechtsphilo-
sophie

München und Berlin 1964

Herschel, Wilhelm

Anm. zu RG Urt. v. 19.9.1940

DR 1940, 2168 f.

v. Hippel, Ernst

Mechanisches und moralisches
Rechtsdenken

Meisenheim am Glan 1959

v. Hippel, Fritz

Das Problem der rechtsgeschäft-
lichen Privatautonomie

Tübingen 1936

Hirsch, Ernst F.

Rechtssoziologie Heute
in: Studien und Materialien
zur Rechtssoziologie

Köln und Opladen 1967, S. 9 ff.

-

Das Recht im sozialen Ordnungs-
gefüge. Beiträge zur Rechtsso-
ziologie

Berlin 1966

-

Zu einer "Methodenlehre der
Rechtswissenschaft"

JZ 1962, 329 ff.

- Klug, Ulrich Der Legalitätsbegriff. Deutsche Landesreferate zum V. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel
Berlin 1958
- König, René Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme
in: Studien und Materialien zur Rechtssoziologie,
S. 36 ff.
Köln und Opladen 1967
- Soziologie der Familie
in: Handbuch der empirischen Sozialforschung. Bd. 2
Stuttgart 1969, S. 172 ff.
- Krüger, Herbert Allgemeine Staatslehre
2. Aufl., Stuttgart, Berlin
Köln, Mainz 1966
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung
Berlin 1967
- Lange, Heinrich BGB. Allgemeiner Teil
14. Aufl., München 1973
- Lehrbuch des Erbrechts
München und Berlin 1962
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
2. Aufl., München 1972
(zit.: Allgemeiner Teil)

Larenz, Karl

Grundsätzliches zu § 138 BGB
in: Juristenjahrbuch, Bd. VII,
1966/67, S. 98 ff.

Köln-Marienburg 1966
(zit.: Juristenjahrbuch, Bd. VII)

-

Methodenlehre der Rechtswissen-
schaft

2., neu bearbeitete Aufl., Ber-
lin - Heidelberg - New York 1969

Laufke, Franz

Vertragsfreiheit und Grundge-
setz

in: Festschrift für Heinrich
Lehmann, S. 145 ff.

Berlin, Tübingen, Frankfurt am
Main 1956
(zit.: Festschrift Heinrich
Lehmann)

Laun, Rudolf

Mehrheitsprinzip, Fraktions-
zwang und Zweiparteiensystem
in: Gedächtnisschrift für
Walter Jellinek, S. 175 ff.

München 1955
(zit.: Gedächtnisschrift Walter
Jellinek)

Lehmann, Heinrich -
Hübner, Heinz

Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Gesetzbuches

16. Aufl., Berlin 1968
(zit.: Allgemeiner Teil)

Leibholz, Gerhard -
Rinck, Hans-Justus

Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland

4. Aufl., Köln 1971

- Lindacher, Walter F. Besprechung: Simshäuser, Zur
Sittenwidrigkeit der Geliebten-
Testamente

Bielefeld 1971
DNotZ 1972, 317 ff.
- von Lübtow, Ulrich Erbrecht
1. Halbband

Berlin 1971
- Luhmann, Niklas Rechtssoziologie
Bd. I

Hamburg 1972
- v. Mangoldt, Hermann -
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz
Bd. I, Art. 1-28

2. Aufl., Berlin und Frankfurt
am Main 1957

Bd. II, Art. 29-78

2. Aufl., Berlin und Frank-
furt am Main 1964
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht

18. Aufl., München 1971
- Maunz, Theodor - Dürig,
Günter - Herzog, Roman Grundgesetz, Kommentar
Bd. I, Art. 1 - 53
Bd. II, Art. 53 a - 146

München 1971
- Mikat, Paul Gleichheitsgrundsatz und
Testierfreiheit
in: Festschrift für Hans Carl
Nipperdey, Bd. I.

München und Berlin 1965, S. 581
(Zit.: Festschrift Hans Carl
Nipperdey, Bd. I)

- Motive
zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Bd. I, Allgemeiner Teil
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgaben
Berlin und Leipzig 1888
(zit.: Motive, Bd. I bzw. Bd. II)
- Mugdan, B.
Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil
Berlin 1899
(zit.: Materialien, Bd. I)
- Müller-Freienfels,
Wolfram
Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressen-Testament". Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 26.2.1968
JZ 1968, 441 ff.
- Neidhardt, Friedhelm
Die Familie in Deutschland. Gesellschaftliche Stellung, Struktur und Funktionen
in: Deutsche Gesellschaft im Wandel, Bd. II
Opladen 1970, S. 9 ff.
- Noelle-Neumann, Elisabeth und Neumann, Erich Peter
Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1958 - 1964
Allensbach und Bonn 1965
- Umfragen in der Massengesellschaft
Hamburg 1963
- Noelle-Neumann, Elisabeth und Schramm, Carl
Umfrageforschung in der Rechtspraxis
GRUR 1958, 119 ff.

Rehbinder, Manfred

Die Begründung der Rechtssozio-
logie durch Eugen Ehrlich

Berlin 1967

-

Gelten die neuen Bewertungsvor-
schriften des Aktienrechts auch
für Unternehmen mit anderer
Rechtsform?

NJW 1966, 1549 ff.

Rehfeldt, Bernhard

Einführung in die Rechtswissen-
schaft

2. Aufl., Berlin 1966

Rehnmacher

Anm. zu BGH Urt. v. 15.2.1956

NJW 1956, 865 f.

Reinicke, Dietrich

Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969

NJW 1969, 1344 f.

Reichsgerichtsräte-
Kommentar

Kommentar herausgegeben von
Reichsgerichtsräten und Bun-
desrichtern

I. Bd., 1. Teil

11. Aufl., Berlin 1959

V. Bd., 1. Teil

11. Aufl., Berlin 1960
(zit.: RGRK-Verfasser)

Richter, Walther

Die Richter der Oberlandes-
gerichte der Bundesrepublik.
Eine berufs- und sozialstatisti-
sche Analyse
in: Hamburger Jahrbuch für
Wirtschafts- und Gesell-
schaftspolitik, S. 241 ff.

5. Jahr, Tübingen 1960

- Röhl, Klaus F. Besprechung: Teubner,
Standards und Direktiven in
Generalklauseln
Frankfurt 1971
AcP 172 (1972), 556 ff.
- Rotberg, Hans Eberhard Zu einem Richtergesetz
Tübingen 1950
- Rother, Werner Sittenwidriges Rechtsgeschäft
und sexuelle Liberalisierung
in: AcP 172 (1972), 498 ff.
- Saller, Karl Sexualität und Sitte in der
vorindustriellen Zeit
in: Oeter, Ferdinand: Familie
und Gesellschaft, S. 113 ff.
Tübingen 1966
- v. Savigny, Friedrich
Carl Vom Beruf unserer Zeit für
Gesetzgebung und Rechtswissen-
schaft.
Reprografischer Nachdruck der
Ausgabe Heidelberg 1840
Hildesheim 1960
- Scheler, Max Der Formalismus in der Ethik
und die materiale Wertethik
4. Aufl., Bern 1954
- Schriften zur Soziologie und
Weltanschauungslehre.
Gesammelte Werke, Bd. 6
2. Aufl., Bern und München 1963
- Schelsky, Helmut Soziologie der Sexualität
Hamburg 1955

Scheuch, Erwin K.

Das Interview in der Sozial-
forschung
in: Handbuch für empirische
Sozialforschung, Bd. II,
S. 136 ff.

Stuttgart 1962

-

Drei Fragen an die Demoskopisten
in: Die Welt v. 1.10.1965, S. 7

(zit.: Drei Fragen an die De-
moskopisten)

-

Stichwort: "Meinungsforschung"
in: Handwörterbuch der Sozial-
wissenschaften, Bd. 7,
S. 277 ff.

Stuttgart, Tübingen, Göttingen
1961

Schmidt, Eberhard

Schlägermensur und Strafrecht

JZ 1954, 369 ff.

Schneider, Hans

Volksabstimmungen in der rechts-
staatlichen Demokratie
in: Gedächtnisschrift für Wal-
ter Jellinek, S. 155 ff.

München 1955

(zit.: Gedächtnisschrift Wal-
ter Jellinek)

Schreiber, Rupert

Die Geltung von Rechtsnormen

Berlin, Heidelberg, New York
1966

Schumacher, Adolf

Sittenwidrige Testamente

FamRZ 1956, 261 f.

- Sforzia, Widar Cesarini Rechtsphilosophie
München 1966
- Siegers, Josef Die Sittenwidrigkeit von letztwilligen Zuwendungen eines Vaters an sein uneheliches Kind
FamRZ 1965, 594 f.
- Simitis, Konstantin Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 I BGB
Marburg 1960
- Simitis, Spiros Einleitung zu Friedmann, Wolfgang: Recht und sozialer Wandel, S. III ff.
Frankfurt am Main 1969
- Simshäuser, Wilhelm Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente
Bielefeld 1971
- Sontheimer, Kurt Pluralismus in Fraenkel, Bracher: Staat und Politik
Berlin, Bonn 1964
- Speckmann, Werner Anm. zu BGH Beschl. v. 31.3.1970
NJW 1970, 1839 f.
- Nochmals: Testierfreiheit und Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit des "Geliebtentestaments"
NJW 1971, 924 f.

Speckmann, Werner

Zur Frage der Teilnichtigkeit
einer sittenwidrigen testamen-
tarischen Zuwendung

JZ 1970, 401 - 403

Stammler, Rudolf

Lehrbuch der Rechtsphilosophie

3. Aufl., Berlin und Leipzig
1928

v. Staudinger, Josef

Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
I. Bd.

11. Aufl., Berlin 1957

V. Bd., 1. Teil

11. Aufl., Berlin 1954

Stöcker, Hans A.

Die Neuordnung der gesetzli-
chen Erbfolge im Spiegel des
mutmaßlichen Erblasserwillens

FamRZ 1971, 609 ff.

Tetzner, Heinrich

Demoskopische Gutachten als
Beweismittel

JZ 1965, 125 ff.

Teubner, Gunther

Standards und Direktiven in
Generalklauseln.
Möglichkeiten und Grenzen der
empirischen Sozialforschung
bei der Präzisierung der Gute-
Sitten-Klauseln im Privatrecht

Frankfurt am Mai 1971

Topitsch, Ernst

Die Menschenrechte.
Ein Beitrag zur Ideologiekri-
tik

JZ 1963, 1 ff.

- Trappe, Paul
Die legitimen Forschungsbereiche der Rechtssoziologie.
Einleitung zu Geiger, Theodor:
Vorstudien zu einer Soziologie
des Rechts, S. 13 ff.
Neuwied und Berlin 1964
- Zur Situation der Rechtssoziologie
Tübingen 1968
- Vogels, Werner -
Seybold, Karl
Gesetz über die Errichtung von
Testamenten und Erbverträgen
vom 31. Juli 1938
Kommentar
3., erw. Aufl.,
Berlin und München 1943
- Weinkauff, Hermann
Richtertum und Rechtsfindung
in Deutschland
Tübingen 1952
- Welzel, Hans
Naturrecht und materiale Gerechtigkeit
4. Aufl., Göttingen 1962
- Wertenbruch, Wilhelm
Erwägungen zur materialen
Rechtsstaatlichkeit
in: Festschrift Hermann Jahrreiss
Köln, Berlin, München 1964
(zit.: Festschrift Hermann
Jahrreiss)
- Wieacker, Franz
Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
unter besonderer Berücksichtigung
der deutschen Entwicklung
2. Aufl., Göttingen 1967
(zit.: Privatrechtsgeschichte)

Wieacker, Franz

Rechtsprechung und Sittengesetz

JZ 1961, 337 ff.

Wiethölter, Rudolf

Rechtswissenschaft

Frankfurt am Main und Hamburg 1968

Windscheid, Bernhard

Lehrbuch des Pandektenrechts
I. Bd.,

7. Aufl., Frankfurt 1891

Zippelius, Reinhold

Das Wesen des Rechts

München 1965

-

Wertungsprobleme im System der
Grundrechte

München und Berlin 1962

Zweigert, Konrad

Referat: Reform des Unehelichenrechts

in: Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II,
C 7 - C 42

Tübingen 1964

(zit.: Verhandlungen des vierundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.7.1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsge- richts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsge- richts (Band und Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Ge- setzbuch v. 18.8.1896
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familien- recht (Jahr und Seite)
FGG	Reichsgesetz über die freiwillige Ge- richtsbarkeit v. 17.5.1898
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht (Jahr und Seite)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung v. 12.9.1950
Höchststr. Rspr.	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)

JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OGH	Oberster Gerichtshof für die briti- sche Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofs für die britische Zone (Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staa- ten (Band und Nr.)
TestG	Gesetz über die Errichtung von Testamen- ten und Erbverträgen v. 31.7.1938
Urt.	Urteil
Warn.Rspr.	Warneyer. Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts (Jahr und Nr.)
WM	Wertpapier - Mitteilungen, Teil IV B, Wertpapier und Bankfragen, Rechtsprechung
ZPO	Zivilprozeßordnung in der Fassung v. 12.9.1950

Einleitung

Auf der Suche nach dem "rechten" Urteil über die Wirksamkeit eines "Mätressentestaments"¹ stellt jeder Richter fest, daß sich die Lösung nicht ohne weiteres durch Subsumtion des Sachverhalts unter den Gesetzestext ergibt. Das Gesetz verweist vielmehr auf § 138 Abs. 1 BGB, nach dem es von den "guten Sitten" abhängt, ob die entsprechende letztwillige Verfügung Bestand haben soll oder nicht. Durch die Einsetzung solch eines vagen Maßstabs, der damit ohne nähere Erklärung verrechtlicht wird, bekennt sich der Gesetzgeber zur Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung². Die Lückenausfüllung durch Generalklauseln ist einfach notwendig, damit das Recht den gesellschaftlichen Veränderungen in Zeiten sozialen Wandels Rechnung tragen kann. Gerade die Entwicklung in unserem Jahrhundert hat gezeigt, welche wichtige Instrumente die Generalklauseln sind, um eine richterliche Um- und Fortbildung des Privatrechts zu ermöglichen.

¹ Ein "Mätressentestament" ist im Regelfall ein Testament, in dem ein Ehepartner einen Dritten, mit dem er auch in geschlechtlichen Beziehungen gestanden hat, durch Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung bedenkt. Darüber hinaus liegt ein "Mätressentestament" auch dann vor, wenn ein Unverheirateter einen Ehegatten bedenkt, mit dem er ehewidrige Beziehungen unterhalten hat.

² So jedenfalls Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 337, der diese Fälle, wo die Lücke nicht dadurch zum Ausdruck kommt, daß das Gesetz gar nichts über den konkreten Fall sagt, sondern wo der Gesetzgeber sein Unvermögen erkannt hat und sich mit einer Generalklausel begnügt, ebenfalls unter das Stichwort "Lücke" einreihet.

Dabei stellt sich das Problem, die wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe so zu konkretisieren, daß sie justiziabel sind.

Diese Aufgabe ist trotz langer Kontroversen bis heute noch nicht zufriedenstellend bewältigt¹. Bei der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte, die eine inhaltliche Präzisierung der "guten Sitten" verlangen, erscheint es unmöglich, eine Lösung zu finden, die eine verbindliche Konkretisierung für alle Fälle vorschreibt. Zu leicht erliegt man der Gefahr, ein Abstraktionsniveau zu erreichen, das genauso Unbestimmtheiten mit sich bringt, wie die Generalklauseln selbst. Das gilt beispielsweise sowohl für Essers² "Standard" - Lehre als auch für die Theorie vom "ordre public", der K. Simitis³ zum Durchbruch verholfen hat. Simitis versucht, die "guten Sitten" im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB weitgehend in "ordre public" umzuformulieren und die Sittenwidrigkeit in Rechtswidrigkeit aufzulösen, um einer moralischen Beobachtungsweise möglichst zu entgehen. An dem Begriff der "guten Sitten" hält er nur für die Bereiche Intimleben, Familie und Sexualität fest, die eine sitten- und moralbezogene Betrachtung verlangen⁴.

Deshalb soll nicht nach einem Lösungsansatz zur Konkretisierung der "guten Sitten" für alle Fälle

¹ Einen detaillierten Überblick über den gegenwärtigen Diskussionsstand gibt Teubner in seiner 1971 erschienenen Schrift "Standards und Direktiven in Generalklauseln" (S. 13 - 49).

² Esser, Grundsatz und Norm, S. 96 ff., 150 ff., 224, 331 ff.; vgl. auch Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, S. 28 ff.; Esser, Festschrift Fritz v. Hippel, S. 95 ff.

³ K. Simitis, Gute Sitten und ordre public; vgl. dazu auch Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 38 f.

⁴ K. Simitis, a.a.O., S. 166, 169, 195 f., v.a. 197. Larenz wendet sich dagegen, daß Simitis die sittenbezogene Betrachtung auf den engen Bereich des Intimlebens beschränkt (Juristenjahrbuch, Bd. VII, S. 98 ff., 118).

im Sinne einer Einheitstheorie gesucht, sondern an dem Beispiel der "Geliebtentestamente" gezeigt werden, wie die Gerichte die "guten Sitten" speziell für die unbestritten nicht dem "ordre public" zufallenden Bereiche inhaltlich präzisieren müssen. Die dazu erforderliche sitten- und moralbezogene Betrachtungsweise verlangt nach einer Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Die Konkretisierung der "guten Sitten" für diese Bereiche sollte deshalb möglichst erst nach Prüfung soziologischer Erkenntnisse erfolgen, da die Soziologie bestrebt ist, über die Institution der Gesellschaft Auskunft zu geben, und als empirische Soziologie gesellschaftliche Auffassungen zu ermitteln versucht.

Hier kommt es darauf an, welche soziologischen Erkenntnisse über die Ehe und Familie und über die Sexualität von den Gerichten berücksichtigt werden müssen, um über die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" urteilen zu können. Das soll im Rahmen einer Besprechung der dazu vorliegenden Rechtsprechung erarbeitet werden.

Am Anfang steht eine Darstellung der höchst-richterlichen Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches bis 1972. Danach wird eine Lösung für die Konkretisierung der "guten Sitten" angeboten, die sich auf die Gebiete Intimleben, Familie und Sexualität beschränkt und die den Anforderungen unserer pluralistischen Gesellschaft gerecht zu werden versucht. Abschließend kann dann gezeigt werden, welche Folgen das erarbeitete Ergebnis für die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" hat.

¹ Vgl. zum Stand der Meinungen, Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 13 ff.

Teil A: Bisherige Konkretisierung der "guten Sitten"
bei "Mätressentestamenten"

I. Konkretisierung vor Inkrafttreten des
Bürgerlichen Gesetzbuches

Ein erster Anhaltspunkt für die Interpretation des Begriffs der "guten Sitten" ergibt sich aus der Auffassung des historischen Gesetzgebers. Dazu hat Arzt in seiner Dissertation "Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden" aus dem Jahre 1962 bereits ausführlich Stellung genommen¹. Deshalb soll hier nur an die wesentlichen Kriterien erinnern werden, die die Gesetzgebungsgeschichte im Hinblick auf das Problem der "guten Sitten" geprägt haben.

Dazu gehört die durch das römische Recht wesentlich beeinflusste Ausbildung der Juristen. Da die Erforschung und Systematisierung des römischen Rechts durch v. Savigny und die von ihm begründete "Historische Rechtsschule" im 19. Jahrhundert einen starken Auftrieb erfahren hatten und die Juristen an den deutschen Universitäten in den Begriffen der gemeinrechtlichen Jurisprudenz im Hinblick auf die römischen Rechtsquellen geschult worden waren, ging man auch bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches weithin von ihnen aus². Das hat besonders in der Methode zu einer römisch rechtlichen Beeinflussung des BGB geführt. In seinem konkreten Inhalt dagegen folgt es den bisherigen Rechtszuständen und enthält neben vielen Gedanken deutscher Herkunft nur solche Einrichtungen römischen Ursprungs, die im Laufe der Jahrhunderte völlig in unser eigenes Rechtsbewußtsein eingegangen sind und darum nicht als Fremdkörper empfunden werden. Dazu gehören auch die General-

¹ S. 2 ff.

² Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil, S. 11 ff.

klauseln, die eine bewegliche Anpassung an die Bedürfnisse des Einzelfalls ermöglichen¹.

So ist der Begriff der "guten Sitten" nicht neu, sondern nur die Übersetzung der "boni mores" des römischen Rechts. Im Hinblick auf diese rechtshistorische Bedingtheit erscheint ein Hinweis auf die "boni mores" notwendig, bevor das Gesetzgebungsverfahren angesprochen wird.

1. Die "boni mores" im Römischen und Gemeinen Recht

Jus und mores, Recht und Sitte, wurden schon von den Römern seit alters auseinandergehalten. In dem Begriff "mos" flossen das sittliche Gebot (Ethik, Moral), dessen Einhaltung dem Menschen von seinem Gewissen vorgeschrieben wird, und die unverbindliche Sitte (der Brauch) zusammen. "Jus" umfaßte wie unser "Recht" in einem objektiven Sinn die rechtlichen Normen und Einrichtungen, also die Rechtsordnung und ihre Bausteine, und im subjektiven Sinn die dem einzelnen von der Rechtsordnung verliehene Machtbefugnis, die "Berechtigung"².

Durch die Verweisung des Rechts auf die Sitte wurde in bestimmten Fällen eine Verbindung hergestellt. So wurden Geschäfte, die contra bonos mores geschlossen waren, von den Juristen unterdrückt. Meist ging es dabei um den Schutz der Familie. Als Maßstab für die boni mores dienten dem Juristen nicht etwa religiöse oder philosophische Lehren, sondern sie legten ihrer Entscheidung die "gesunde" Volksmoral zugrunde, wie sie von ihnen unter Berücksichtigung des guten Herkommens der Vorfahren (mos maiorum) verstanden wurde³.

¹ So Kaser, Römische Rechtsgeschichte, S. 11.

² So Kaser, Römisches Privatrecht, S. 20.

³ Vgl. dazu Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, S. 217 m.w.Nachw.

Auch nach dem Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts gehörte es zu den Aufgaben der Juristen, unter Berufung auf die guten Sitten das Unsittliche rechtlich zu verurteilen¹. Als Entscheidungsmaßstab durften sie ihr Bewußtsein heranziehen, das das gemeinsame Bewußtsein des Volkes im Hinblick auf das Recht repräsentierte².

2. Die "guten Sitten" im Gesetzgebungsverfahren zum Bürgerlichen Gesetzbuch

Die Richtigkeit dieser Auffassung wurde durch die gesellschaftliche Entwicklung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Zweifel gezogen³. Das zeigte sich schon am Anfang der Beratungen über ein Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Arzt⁴ hat darauf hingewiesen, daß schon in den Motiven der ersten Kommission die Erwägung auftauchte, ob dem richterlichen Ermessen durch den undeutlichen Begriff der "guten Sitten" nicht ein zu großer Spielraum gewährt werde, und zwar sowohl beim späteren § 138⁵ als auch beim späteren § 826 BGB⁶. Diese Bedenken seien jedoch sogleich

¹ Vgl. Simitis, Konstantin, Gute Sitten und ordre public, S. 9; Hölder, E., AcP 73, 1 ff., 102; auch Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 217.

² Vgl. im einzelnen dazu Arzt, a.a.O., S. 5 m.w. Nachw., insbesondere mit dem Hinweis auf v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 11 f.

³ Vgl. dazu näher Arzt, a.a.O., S. 6 ff.

⁴ Arzt, a.a.O., S. 7.

⁵ Siehe Motive, Bd. I, S. 211 f.

⁶ Motive, Bd. II, S. 727.

wieder zurückgestellt worden, weil man noch der Meinung gewesen sei, bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes dürfe unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift im Großen und Ganzen nur in dem Sinne angewandt werde, in dem sie gegeben sei¹.

Dennoch habe die Kommission versucht, den Inhalt der "guten Sitten" zu bestimmen, um einen Maßstab für die richterliche Interpretation zu geben und diese nachprüfbar zu machen². In den Motiven zum späteren § 826 BGB heißt es, daß eine Handlungsweise schadensersatzpflichtig macht, die "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht"³. Damit könnte, wie Arzt⁴ meint, zum ersten Mal angedeutet sein, daß nicht die Meinung des Richters bzw. des Juristenstandes, sondern "das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" den Ausschlag zu geben habe, wenn das Gesetz nicht klar sei. Die Motive lassen sich jedoch genauso gut dahin verstehen, daß die Ansicht der Richter als der Repräsentanten "aller billig und gerecht Denkenden" gemeint ist. Diese Auslegung stimmte nicht nur mit der bisherigen Rechtsprechung überein, sondern sie wäre außerdem eine Bestätigung für das Vertrauen, das die erste Kommission den Gerichten entgegenbrachte. Es kann daher nicht angenommen werden, daß den Juristen durch einen einzigen Hinweis auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" ihre Repräsentantenrolle entzogen werden sollte, zumal die Kommission im Vertrauen auf die "Umsicht" und "Behutsamkeit"⁴

¹ So Motive, Bd. I, S. 211 f.

² Vgl. Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 7.

³ Siehe Motive, Bd. II, S. 727.

⁴ Arzt, a.a.O., S. 8.

⁵ Motive, Bd. I. S. 727.

der Richter auf den Einbau objektiver Merkmale in die Generalklausel verzichtet hat.

Da die erste Kommission ohne nähere Beschreibung an dem Begriff der "guten Sitten" festgehalten hatte, mußte es zwangsläufig zu Auseinandersetzungen im Reichstag während der zweiten Beratung kommen. So versuchten die Sozialdemokraten, als Nichtigkeitsgrund neben den Begriff der "guten Sitten" den der "öffentlichen Ordnung" in das Gesetz aufzunehmen, wie es bereits im ersten Entwurf geschehen war¹. Dieser Begriff sei klar genug, um jeden Richter in seinem Urteil zu binden². Nach langen Diskussionen wurde dem Antrag im Reichstag jedoch nicht stattgegeben³.

Immerhin war eindringlich darauf hingewiesen worden, daß man den Richter nicht mit seiner subjektiven Entscheidung allein lassen durfte, sondern daß man ihm objektive Kriterien an die Hand geben mußte, die dem richterlichen Urteil das Odium der Willkür nahmen. In diesem Sinne sind die Hinweise auf die Anschauungen der Allgemeinheit⁴, auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu verstehen⁵. Mit Hilfe dieser Definitionsversuche für den Begriff der "guten Sitten" sollte eine nachprüfbare und für alle gleichermaßen verbindliche Entscheidung ermöglicht werden.

Derartige Ansätze des Gesetzgebers dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Frage nach der Konkretisierung der "guten Sitten" offen geblieben war. Bei diesem nicht befriedigenden

¹ Vgl. Mugdan, a.a.O., S. 1004; vgl. dazu heute K. Simitis, Gute Sitten und ordre public.

² Vgl. Mugdan, a.a.O., S. 1008.

³ Vgl. dazu im einzelnen Arzt, a.a.O., S. 8 ff.

⁴ Siehe Motive, Bd. II, S. 727.

⁵ Siehe Mugdan, Bd. I, S. 1012.

Ergebnis für die Interpretation des Begriffs der "guten Sitten" aus der Sicht des historischen Gesetzgebers fiel der Rechtsprechung die Hauptlast zu. Sie mußte mit allen Schwierigkeiten fertig werden, die bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aus dem Wege geräumt waren. Wie sie diese Probleme im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" gelöst hat, soll im folgenden erörtert werden.

II. Konkretisierung durch die Rechtsprechung

1. Höchstrichterliche Rechtsprechung bis 1945

a. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden

Bevor die Rechtsprechung des Reichsgerichts dargestellt wird, erscheint ein Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Zweibrücken aus dem Jahre 1902¹ gerechtfertigt, weil das Gericht dabei noch die Rechtslage vor, aber auch die nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches zu berücksichtigen hatte. Das Gericht hat sowohl nach altem als auch nach neuem Recht in einer letztwilligen Zuwendung an eine Geliebte einen Verstoß gegen die "guten Sitten"² gesehen, weil es der "allgemeinen Auffassung von guter Sitte und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen" widerspreche, "durch eine letztwillige Zuwendung die ehebrecherischen Dienstleistungen einer Mätresse zu erkaufen, noch dazu auf Kosten minderjähriger ehelicher Kinder und der Ehefrau"³.

¹ OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, Seuff.Arch. 57, 438 - 440.

² Vgl. OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, a.a.O., S. 439.

³ So OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, a.a.O., S. 440.

An dieser Entscheidung ist hervorzuheben, daß der Verstoß gegen die guten Sitten nicht einfach festgestellt worden, sondern zunächst beschrieben ist, wann ein solcher überhaupt vorliegen kann. Dem Urteil ist jedoch nicht zu entnehmen, ob das Gericht die dahingehenden Formulierungen aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹ einfach übernommen hat, um der Entscheidung einen objektiven Charakter zu verleihen, oder ob nach objektiven Kriterien entschieden werden sollte. Es ist durchaus denkbar, daß die Formulierung, ein Verstoß gegen die "guten Sitten" liege dann vor, wenn eine letztwillige Verfügung der "allgemeinen Auffassung von guten Sitten und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen" widerspreche, nur ein subjektives Urteil verschleiern sollte.

In der Beschreibung eines Sittenverstoßes stimmt dieses Urteil mit der Ausgangs- und Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten" aus dem Jahre 1901² überein. Danach hat der Richter den Maßstab für die "guten Sitten" dem "herrschenden Volksbewußtsein" zu entnehmen, das gleichbedeutend ist mit dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"³. Das Reichsgericht hatte damit die Anstandsformel⁴ in Anlehnung an die Motive zum BGB gewonnen, von der die Rechtsprechung bis heute geprägt worden ist⁶, da immer noch davon ausgegangen wird, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, wenn das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"

¹ Siehe S. 8 , Fußnoten 4, 5.

² RG Urt. v. 11.4.1901, RGZ 48, 114 ff.

³ So RG Urt. v. 11.4.1901, S. 114, 124.

⁴ Von nun an steht Anstandsformel für "das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".

⁵ Siehe S. 8 , Fußnoten 4, 5.

⁶ Vgl. Arzt, a.a.O., S. 12; auch Simitis, Konstantin, Gute Sitten und ordre public, S. 6, 7; Palandt-Reinrichs , § 138, 1, a.

verletzt wird. Offen war nur noch, inwieweit auch die Revisionsinstanz darüber entscheiden konnte. Dazu hat das Reichsgericht in demselben Urteil festgestellt, die Frage, ob eine bestimmte Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte, sei eine Rechtsfrage¹. Sie unterliegt demnach der rechtlichen Nachprüfung in der Rechtsbeschwerdeninstanz insoweit, als darüber zu befinden ist, ob die in der Tatsacheninstanz getroffenen Feststellungen die Begriffsmerkmale eines Verstoßes gegen die "guten Sitten" erfüllen.²

War auch grundsätzlich der Versuch gemacht worden, eine Definition für die guten Sitten zu geben, so läßt sich doch nicht übersehen, daß die gefundene Formel selbst nur einen vagen Prüfungsmaßstab darstellte, der seinerseits der Konkretisierung bedurfte. Die Rechtsprechung hätte sich um Methoden bemühen müssen, mit deren Hilfe das herrschende Volksbewußtsein, das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" objektiv eingegrenzt werden konnte. Die Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen es um Zuwendungen an Geliebte geht, berühren diese Problematik nicht einmal³. Sie begnügen sich mit einer detaillierten Sachverhaltsfeststellung, um danach einfach eine Subsumtion unter die viel zu ungenaue Anstandsformel vorzunehmen⁴. Häufig wird

¹ RG Urt. v. 11.4.1901, RGZ 48, 114, 129.

² Vgl. KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 67, 226, 227 m.w.Nachw.

³ Siehe dazu u.a. RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr. Rspr. 1929, 1301 - 1302; auch RG Urt. v. 23.2.1920, RGZ 98, 176 - 179; RG Urt. v. 25.6.1925, RGZ 111, 151 - 156; RG Urt. v. 4.12.1925, Warn. Rspr. 1926, 50-51.

⁴ So z.B. RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr. Rspr. 1929, 1301; RG Urt. v. 23.2.1920, RGZ 98, 176, 178; RG Urt. v. 25.6.1925, RGZ 111, 151, 153; RG Urt. v. 4.12.1925, Warn. Rspr. 1926, 50.

selbst darauf verzichtet und die Sittenwidrigkeit einfach festgestellt¹ oder das Handeln als unsittlich gebrandmarkt². Das mag insgesamt gesehen zu vertretbaren Ergebnissen geführt haben, kann aber methodisch nicht befriedigen.

Es ist ein Mangel der damaligen Rechtsprechung, daß sie nicht den Versuch gemacht hat, konkrete Anhaltspunkte dafür zu finden und anzugeben, wie die "Ansicht aller billig und gerecht Denkenden" tatsächlich festgestellt werden kann. Dadurch war es dem einzelnen verwehrt, eine richterliche Entscheidung an Hand eines objektiven Maßstabs zu überprüfen oder gar vorherzusehen. Die Rechtsprechung war nur in die Schranken verwiesen, die sie sich selbst gesetzt hatte.

b. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts

Als oberste Richtlinie galt die vom Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene Ansicht, daß § 138 Abs. 1 BGB jenen Rechtsgeschäften die Anerkennung versagen wolle, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiv und Zweck sich ergebenden Gesamtcharakter gegen die guten Sitten verstießen³. Damit bekannte sich die Rechtsprechung dazu, die subjektiven Momente der

¹ So z.B. RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29.

² So u.a. RG Urt. v. 4.11.1909, JW 1910, 6, 7.

³ Vgl. z.B. RG Urt. v. 29.5.1906, RGZ 63, 346, 350; RG Urt. v. 24.9.1913, RGZ 83, 109, 112 m.w.Nachw.; besonders im Hinblick auf Zuwendungen an Geliebte RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 23.2.1920, RGZ 98, 176; RG Urt. v. 25.6.1925, RGZ 111, 151, 153; RG Urt. v. 11.10.1928, Gruchot 70, 548, 550; RG Urt. v. 23.2.1937, RGZ 154, 99, 103; RG Urt. v. 19.9.1940, DR 1940, 2167, 2168.

Parteien bei der Prüfung nach § 138 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen. Sie stimmte insoweit mit dem Gesetzgeber überein, der es für den Einzelfall als unerläßlich ansah, die verwerfliche Gesinnung der Beteiligten nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt werde¹. Auf die Motive der Parteien dürfe jedoch nicht in dem Maße Rücksicht genommen werden, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle unterstellt würden². Diese Gefahr hatte die erste Kommission gesehen und dadurch gebannt, daß sie nur dann die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts eintreten lassen wollte, wenn dessen Inhalt unmittelbar, in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite, die guten Sitten verletzte².

Zu demselben Ergebnis, aber aus anderer Intention ist das Reichsgericht in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1941 und 1944 gekommen³. Es hatte dabei den seit 1938 geltenden § 48 Abs. 2 TestG⁴

¹ So Materialien, Bd. I, S. 725.

² So Motive, Bd. I, S. 211.

³ RG Urt. v. 16.5.1941, RGZ 166, 395-401; RG Urt. v. 25.2.1944, DR 1944, 494-496.

⁴ § 48 Abs. 2 TestG v. 31.7.1938 (RGBl. I S. 973): Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat. § 48 Abs. 2 TestG aufgehoben durch Kontrollratsgesetz Nr. 37 vom 30.10.1946. Das gesamte TestG bis auf § 51 ungültig seit dem 5.3.1953 (BGBl. I S. 33).

anzuwenden, der typisch nationalsozialistisches Gedankengut enthielt und dessen Auslegung zu anderen Ergebnissen führen konnte als die des § 138 Abs. 1 BGB. § 48 Abs. 2 TestG erhöht den Schutz der Familie gegen die unbeschränkte und willkürliche Verfügungsfreiheit des Erblassers über die Schranken des § 138 Abs. 1 BGB hinaus¹. Der einzelne sollte nur noch Verfügungen treffen können, die im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung nicht gemeinschaftsschädlich waren, so daß das Erbe zum Wohle von Familie, Sippe und Volk weiterwirken konnte². Diese Zielsetzung wurde unterstrichen durch die Amtliche Begründung zu § 48 Abs. 2 TestG, in der die "Mätressentestamente" ausdrücklich erwähnt und mißbilligt wurden³. Als Prüfungsmaßstab diente das sog. gesunde Volksempfinden den Gerichten nicht nur bei der Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG⁴, sondern in den Jahren von 1933 bis 1945 allgemein auch bei der Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB⁵. Dennoch ist an dem Unterschied zwischen der Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG und der des § 138 Abs. 1 BGB festgehalten worden.

Auf diesen Unterschied hat auch das Reichsgericht

¹ Vgl. Staudinger-Seyboldt, §§ 2078, 2079, Rdn. 2; Erman-Hense, vor § 2064, Anm. 4 c.

² Vgl. RG Urt. v. 16.5.1941, RGZ 166, 395, 399; Boehmer, Einführung in das bürgerliche Recht, S. 186.

³ Vgl. dazu Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 16.

⁴ Über die Rechtsprechung zu § 48 Abs. 2 TestG siehe Vogels-Seybold, § 48 TestG, Rdn. 6, 7.

⁵ So hat der Große Zivilsenat des Reichsgerichts in seinem Beschluß vom 13.3.1936 festgestellt, bei der Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB sei zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstoße. Der Begriff eines "Verstoßes gegen die guten Sitten", wie er in § 138 und in § 826 BGB enthalten sei, erhalte seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung (RGZ 150, 1, 4).

in seiner Entscheidung vom 16.5.1941 hingewiesen, um seine von der bisherigen Rechtsprechung abweichende Meinung zu begründen. Der siebte Zivilsenat hat ausgeführt, daß bei der Anwendung des § 48 Abs. 2 TestG die gesetzlichen Voraussetzungen der Nichtigkeit rein sachlich nach der Gesamtheit der festgestellten Umstände zu beurteilen seien und mit persönlichen Absichten, Meinungen und Beweggründen des Erblassers nichts zu tun hätten. Rechtsgedanken, die an den Begriff der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB, d.h. die Prüfung des Geschäfts nach Inhalt, Grund und Zweck, anknüpften, hätten daher für den Geltungsbereich des § 48 Abs. 2 TestG nur bedingten Wert¹. Dagegen hatte der fünfte Senat acht Monate vorher² diese Kriterien noch herangezogen, um über die Sittenwidrigkeit von Zuwendungen an Geliebte zu urteilen. Deshalb erscheint es vertretbar, von den genannten, durch den Nationalsozialismus geprägten Entscheidungen³ abzusehen und auf die vorher ergangenen Urteile abzustellen.

Schon 1910⁴ hat das Reichsgericht den Weg aufgezeigt, wonach die Sittenwidrigkeit eines Vermächtnisses zu beurteilen ist. Es geht davon aus, daß das entscheidende Gewicht auf den Gesamtcharakter des betreffenden Rechtsgeschäfts gelegt werden muß und gibt Hinweise, wie dieser zu ermitteln und zu würdigen ist. Dabei werden Inhalt, Motiv und Zweck des Geschäfts als wichtige Anhaltspunkte für eine zusammenfassende Beurteilung hervorgehoben. Der erkennende Senat warnt aber vor der Auffassung, daß jedes einzelne dieser drei

¹ So RG Urt. v. 16.5.1941, RGZ 166, 395, 397.

² RG Urt. v. 19.9.1940, DR 1940, 2167, 2168.

³ Siehe S. 13, Fußnote 3.

⁴ RG Urt. v. 3.10.1910, JW 1911, 29.

Merkmale für sich allein schon den Tatbestand der Sittenwidrigkeit ergeben müsse¹. Es ist nämlich durchaus denkbar, daß sich die Sittenwidrigkeit erst aus einer umfassenden Gesamtschau der Sachverhaltskomponenten ableiten läßt. Deshalb kann das Ergebnis nur nach der Zusammenfassung aller Einzelheiten, der objektiven und subjektiven Momente, des Falles gebildet werden.

c. Sexuelle Motivation

Auf der dargestellten theoretischen Basis-Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Rechtsgeschäfts - hat die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die Auskunft darüber geben, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen ein Sittenverstoß angenommen oder abgelehnt wird. Völlige Einigkeit bestand unter den Gerichten insoweit, als ein Verstoß gegen die guten Sitten immer angenommen wurde, wenn es der unmittelbare Zweck der Zuwendung eines verheirateten Mannes an seine Geliebte war, sie für ihre geschlechtliche Hingabe zu belohnen² oder sie zur Fortsetzung des ehebrecherischen Verhältnisses geneigt zu

¹ RG Urt. v. 3.10.1910, JW 1911, 29.

² Vgl. dazu u.a. OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, Seuff.Arch. 57, 438, 440; RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 25.6.1925, RGZ 111, 151, 153; RG Urt. v. 5.11.1926, 17 1927, Sp. 531, 533; RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr. Rspr. 1929, 1301; RG Urt. v. 19.9.1940, DR 1940, 2167, 2168.

machen¹. Das Reichsgericht ging sogar so weit, ehewidrige Vertraulichkeiten dem Ehebruch gleichzustellen. Es hat ausgeführt, eine abweichende Beurteilung komme nicht in Betracht, wenn ein sonstiger den guten Sitten hohnsprechender und den Verdacht des Ehebruchs begründeter Verkehr zwischen dem Erblasser und der eingesetzten Erbin nachweisbar wäre².

Man sah darin und im Ehebruch schlechthin ein sittliches Fehlverhalten, das die Nichtigkeit einer Vermächtnisanordnung und einer Erbeinsetzung herbeiführte, besonders auch deswegen, weil das grundsätzlich mit einer Beeinträchtigung der Ehefrau und der Kinder verbunden war³. Die Beschimpfung der Familienlehre in solch hohem Grade wollte man nicht hinnehmen⁴. Es widerspreche der allgemeinen Auffassung von guter Sitte und dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen", durch ein Geldvermächtnis, noch dazu auf Kosten minderjähriger ehelicher Kinder und der Ehefrau, die ehebrecherischen Dienstleistungen einer Mätresse zu erkaufen⁵.

d. Achtenswerte Beweggründe

Häufig hatten die Gerichte jedoch über komplexe Sachverhalte zu urteilen, in denen andere Beziehungen eine Rolle spielten als nur die geschlecht-

¹ Vgl. dazu u.a. RG Urt. v. 4.11.1909, JW 1910, 6; RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr.Rspr. 1929, 1301; RG Urt. v. 19.9.1941, DR 1940, 2167, 2168.

² So RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr.Rspr. 1929, 1301.

³ So schon OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.5.1902, Seuff.Arch. 57, 438, 440; RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 4.11.1926, LZ 1927, Sp. 531, 533.

⁴ Vgl. RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29.

⁵ So z.B. OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, Seuff.Arch. 57, 438, 440.

lichen. Diese Fälle waren nicht mehr nach dem Satz zu lösen: Letztwillige Zuwendungen allein aufgrund ehewidrigen Geschlechtsverkehrs verstoßen gegen die guten Sitten. Hier kam es entscheidend auf den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts unter Würdigung aller Umstände an.

Als Beispiele dafür seien zunächst zwei Entscheidungen des Reichsgerichts aus den Jahren 1928¹ und 1934² genannt. In beiden Fällen hatte ein Arzt seine "Geliebte", die gleichzeitig seine Assistentin war, neben der Ehefrau und den Kindern testamentarisch bedacht. Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügungen zugunsten der "Geliebten und Gehilfin" hat das Gericht durchaus die über das Liebesverhältnis hinausgehenden Beziehungen anerkannt und in ihnen einen möglichen Bestimmungsgrund für ein Testament gesehen. Allerdings sollte die Geliebte nur dann testamentarisch bedacht werden können, solange der Erblasser sie zu Lebzeiten noch nicht für ihre Tätigkeiten in der Praxis sowie im Haushalt belohnt hatte.

Aufgrund dieser Überlegungen hat das Reichsgericht im Fall aus dem Jahre 1928 nur eine einzelne Vermächtnisanordnung als sittenwidrig angesehen, deren Ausführung eine Tochter des Erblassers zu einem auf Dauer berechneten persönlichen Zusammenwirken mit der an der Zerstörung des Familienfriedens in ihrem Elternhause mitschuldigen Geliebten ihres Vaters gezwungen haben würde³. Hinsichtlich der übrigen Zuwendungen hat es die Sittenwidrigkeit verneint. Da die "Geliebte und Gehilfin" in der Entscheidung aus dem Jahre 1934

¹ RG Urt. v. 11.10.1928, Gruchot 70, 548-551.

² RG Urt. v. 5.3.1934, Warn. Rspr. 1926, 193-195.

³ So RG Urt. v. 11.10.1928, Gruchot 70, 548, 551.

nach Meinung des Gerichts bereits zu Lebzeiten des Erblassers für ihre Tätigkeit überreichlich bezahlt worden war, hat es die Vermächtnisanordnungen zu ihren Gunsten für sittenwidrig gehalten¹.

Beide Urteile des vierten Senats sind beispielhaft für die strenge materielle Betrachtungsweise, die das Reichsgericht bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen angewandt hat, um diese unter Umständen auch zugunsten einer Geliebten bestehen zu lassen. Besonders an der letzten Entscheidung wird deutlich, wie das Gericht die außergeschlechtlichen Leistungen der Bedachten bewertet und mit dem verglichen hat, was sie bereits erhalten hatte und was ihr noch zusätzlich vermacht werden sollte. Da sie nach Meinung des Gerichts bereits ausreichend entlohnt war, hat es ohne nähere Begründung angenommen, das Vermächtnis sei nur im Zusammenhang mit dem Geschlechtsverkehr ausgesetzt. Das erscheint zumindest dann sehr fraglich, wenn der Erblasser zwar wie hier verheiratet war, eine echte Lebensgemeinschaft aber nicht mehr bestand und der Ehemann mit seiner "Geliebten" zusammenlebte, von der er auch versorgt und gepflegt wurde, sobald er dazu allein nicht mehr imstande war². In solch einem Falle der "Gewissensehe"³, der praktisch nur die gesetzliche

¹ Vgl. RG Urt. v. 5.3.1934, Warn. Rspr. 1926, 193, 195.

² Vgl. RG Urt. v. 5.3.1934, Warn. Rspr. 1926, 193, 194.

³ Ausdruck von Herschel in Anm. zu RG Urt. v. 19.9.1940, DR 40, 2167. Er unterscheidet zwischen der aner kennenswerten "Gewissensehe" und dem "Verhältnis" einer "rein epikuräischen, auf Sinnengenüß ... gestellten Verbindung ... , die keine bleibenden Werte hervorbringt und beherrscht ist von der verheerenden Umweltparole: Erlaubt ist, was gefällt."

Form fehlt, ist es durchaus denkbar, daß der Mann seine "faktische Ehefrau" bedenkt, weil er ihr für ihre seelische Unterstützung danken will, die sie ihm durch aufopferungsvolle Hilfe und geistige Anregungen hat zuteil werden lassen.

Außer unter dem Gesichtspunkt der Belohnung für wertvolle Dienste, die über eine einfache Haushaltsführung und die damit verbundenen Arbeiten hinausgehen mußten¹, hat die Rechtsprechung auch solche Zuwendungen für rechtsgültig erachtet, die als Entschädigung für besondere Nachteile gedacht waren². Dazu hat das Reichsgericht ausgeführt, der Beweggrund der Dankbarkeit könne den Erblasser bestimmen, seine "Geliebte" für erbrachte Opfer, z.B. das ihrer "Frauenehre", zu entschädigen oder an ihr begangenes Unrecht zu sühnen, indem er aus diesem Grunde ihr Fortkommen sicherstellte³. Es wurde als sittliche Pflicht des Mannes aufgefaßt, für die "sitzengelassene" Frau zu sorgen und sie dafür zu entschädigen, daß sie durch die Verbindung mit ihm andere Möglichkeiten, ihr Leben zu gestalten, aufgegeben hatte⁴.

Zwar lassen sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung die dargestellten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit von Mätressentestamenten herausarbeiten. Darin dürfen aber, wie das Reichsgericht wiederholt betont hat⁵, keine festen Regeln gesehen werden. Es handelt sich

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.1938, Höchstr. Rspr. 1938, Nr. 576.

² Vgl. RG Urt. v. 19.9.1940, DR 1940, 2167, 2168.

³ So RG Urt. v. 4.11.1926, LZ 1927, Sp. 531, 533.

⁴ Vgl. RG Urt. v. 23.2.1920, RGZ 98, 176, 177.

⁵ Vgl. z.B. RG Urt. v. 19.9.1940, DR 1940, 2167, 2168.

dabei allenfalls um Leitlinien, die eine grobe Orientierung ermöglichen. Eine endgültige Entscheidung kann erst getroffen werden, wenn alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt sind und sich daraus das Gesamtbild ergeben hat.

e. Darlegungs- und Beweislast

Eine genaue Sachverhaltsaufklärung ist jedoch gar nicht immer möglich. Es kann durchaus fraglich sein, warum der Erblasser zugunsten seiner langjährigen "Geliebten" letztwillig verfügt hat, entweder zur Belohnung für ihre geschlechtliche Hingabe oder als Ausgleich für wertvolle Dienste bzw. Entschädigung für besondere Nachteile. In solch einem Falle hat das Reichsgericht der Bedachten die Darlegungs- und Beweispflicht für die die Unsittlichkeit ausschließenden besonderen Umstände zugemutet¹. Es ist davon ausgegangen, die letztwillige Zuwendung als Folge des ehewidrigen Verkehrs anzusehen, und dadurch von dem Grundsatz abgewichen, daß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Partei bewiesen werden muß, die seine Gültigkeit bestreitet.

f. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Wenn dadurch auch gegebenenfalls eine Lücke im tatsächlichen Bereich geschlossen wird, braucht sich nicht unbedingt ein einheitliches Gesamtbild zu ergeben, nach dem die Sittenwidrigkeit ohne weiteres beurteilt werden kann. Durch das zeitliche Auseinanderfallen von Testamentserrichtung und Tod des Erblassers sind durchaus gegensätzliche Entscheidungen möglich, wobei es dann darauf ankommt, von welchem Zeitpunkt ausgegangen wird.

¹ Sg. RG Urt. v. 31.7.1942, Seuff. Arch. 96, 171; vgl. auch RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr. Rspr. 1929, 1301.

Das Reichsgericht hat dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten. In einem Urteil aus dem Jahre 1937¹, in dem es zwar nicht um die "Erbeinsetzung einer ehemaligen Geliebten" ging, sondern um den vergleichbaren Fall ihrer Benennung als Bezugsberechtigte einer Lebensversicherung, hat das Gericht allein auf den Zeitpunkt der Einsetzung abgestellt. Danach ändert sich der sittenwidrige Charakter einer einseitigen derartigen Zuwendung nicht, wenn die ehewidrigen Beziehungen durch eine spätere Ehe legalisiert werden².

Wie das Reichsgericht diesen Standpunkt aufgegeben hat und zur gegenteiligen Ansicht gelangt ist, läßt sich an zwei Entscheidungen aus den Jahren 1942³ und 1944⁴ ablesen. Jenes Urteil behandelt die Frage, ob solche Dienste berücksichtigt werden können, die die als Vermächtnisnehmerin eingesetzte "Lebensgefährtin und Kamera-

¹ RG Urt. v. 23.2.1937, RGZ 154, 99, 110.

² In seinem Urteil vom 24.11.1933, RGZ 142, 410, 413, war der erkennende Senat sogar noch einen Schritt weiter gegangen. Hier hatte er Sittenwidrigkeit angenommen, obwohl der Erblasser seine "Geliebte" geheiratet und sie dann als Bezugsberechtigte der Versicherungssumme benannt hatte. Es sei nicht ersichtlich, warum der Zweck, die Begünstigte für das eingegangene Liebesverhältnis zu belohnen und ihr dafür zu danken, nicht auch noch nach der Ehe hätte fortwirken können. Diese höchst zweifelhafte Auffassung, die auf der Hypothese beruht, daß der Erblasser von dem vorehelichen Liebesverhältnis mehr beeindruckt war als von der späteren Ehe mit derselben Frau, hat der siebte Senat in seinem Urteil vom 23.2.1937, RGZ 154, 99, 110, jedoch selbst in Frage gestellt.

³ RG Urt. v. 9.10.1942, DR 1943, 91-93.

⁴ RG Urt. v. 25.2.1944, DR 1944, 494-496.

din" dem Erblasser fünfzehn Jahre lang von der Testamentserrichtung bis zu seinem Tode geleistet hatte. Das Gericht hat das bejaht. Danach dürfen besondere Umstände, die in diesen Zeitraum fallen, nicht außer acht gelassen werden, wenn sie eine zur Zeit ihrer Errichtung nach § 138 Abs. 1 BGB oder nach § 48 Abs. 2 TestG nicht zu beanstandende Verfügung bedenklich machen oder wenn sie umgekehrt Bedenken beseitigen oder mildern, die zur Zeit der Errichtung bestanden haben¹. Zu diesem Ergebnis gelangt der siebte Senat durch eine fragwürdige Konstruktion, indem er davon ausgeht, daß eine letztwillige Verfügung vom Erblasser fortlaufend aufrechterhalten und gewissermaßen innerlich stets neu errichtet und bestätigt wird, wenn nicht besondere Umstände eine solche Annahme ausschließen¹.

Dieses Denkmodell, das mit der Wirklichkeit und Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren ist, hat der sechste Senat in seinem Urteil vom 25.2.1944, in dem es um sittenwidrige Bestimmungen im Rahmen eines Erbvertrags ging, zwar noch erwähnt, dann aber unabhängig davon festgestellt, daß der Inhalt einer Verfügung entscheidend sei, wie er sich beim Erbfall tatsächlich auswirke. Das verlange der Zweck des § 48 Abs. 2 TestG².

Die Entscheidung für den Todeszeitpunkt zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit steht in enger Verbindung zu der rein objektiven Auslegung des § 48 Abs. 2 TestG, die ein Eingehen auf die Gesinnung des Erblassers verbietet³. Es erscheint

¹ So RG Ur. v. 9.10.1942, DR 1943, 91, 92.

² So RG Ur. v. 25.2.1944, DR 1944, 494, 495.

³ Vgl. dazu S. 15.

deshaßb als sehr fraglich, ob das Reichsgericht genauso entschieden hätte; wenn allein § 138 Abs. 1 BGB die relevante Norm gewesen wäre. Vielleicht läßt die Judikatur nach Beendigung des zweiten Weltkrieges darüber Rückschlüsse zu.

2. Höchststrichterliche Rechtsprechung nach 1945 bis zur Konstituierung des Bundesgerichtshofs

In die Zeit nach dem Zusammenbruch des deutschen Reiches bis zu der Konstituierung des Bundesgerichtshofs fallen zwei bedeutende Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone aus den Jahren 1948¹ und 1950². Beide Urteile zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" knüpfen an die reichsgerichtliche Rechtsprechung an, ohne allerdings einer objektiven Bestimmung der "guten Sitten" näher zu kommen. Im Gegenteil: Das Gericht hat an keiner Stelle versucht, diesen Begriff zu konkretisieren, und das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" gar nicht erst erwähnt. Stattdessen hat es festgestellt, "ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es in seinem sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtbild unsittlich ist"³. Hinter diesem Ausweichen auf die Formel Unsittlichkeit = Sittenwidrigkeit⁴ kann nur die Absicht gesehen werden, das in Mißkredit gekommene "gesunde Volksempfinden" und die damit zusammenhängende Anstandsformel zu umgehen.

¹ OGH Urt. v. 15.10.1948, OGHZ 1, 249-253.

² OGH Urt. v. 25.1.1950, OGHZ 3, 158-164.

³ So OGH Urt. v. 25.1.1950, OGHZ 3, 158, 161.

⁴ Vgl. neben OGH Urt. v. 25.1.1950, OGHZ 3, 158, 161 auch OGH Urt. v. 15.10.1948, OGHZ 1, 249, 251, 252; siehe auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des RG S. 11 m.w.Nachw.

Ansonsten hat sich der Oberste Gerichtshof zunächst die Grundsätze des RG zu eigen gemacht, um sie danach weiter zu entwickeln.

In dem Falle, der 1948¹ entschieden worden ist, ging es um das Problem, aus welchen Motiven der Erblasser seine "Geliebte" zur Alleinerbin eingesetzt hatte. Es kam darauf an, ob die Zuwendung nach der Absicht des Verstorbenen eine Entlohnung für den gewährten Geschlechtsverkehr oder für empfangene Dienste bezweckte. Dieser Entscheidung hat sich das Gericht sehr schnell entledigt. Es hat sich einfach auf die allgemeine Lebenserfahrung und Vermutungen gestützt, um dem Testator sittenwidrige Motive zu unterstellen. Wörtlich heißt es²: "Leben Personen im Konkubinat, so gewährt der männliche Partner im allgemeinen Geschenke für den Geschlechtsverkehr. Daran ändert der Umstand nichts, daß der weibliche Teil Hausarbeiten verrichtet. Zumeist ist für den Mann eben die geschlechtliche Hingabe bestimmend." Aus diesen "Erfahrungstatsachen" hat der Gerichtshof gefolgert, daß nach dem ersten Anschein der Zusammenhang zwischen der geschlechtlichen Hingabe und der Einsetzung als Alleinerbin zu bejahen sei und die Bedachte diesen Anschein entkräften müsse.

Hierbei hat sich der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der reichsgerichtlichen Rechtsprechung gewöhnt, dabei aber wohl übersehen, daß sich das Reichsgericht bemüht hat, die Sittenwidrigkeit eines Testaments unter Berücksichtigung der Gesamtumstände nach objektiven und subjektiven Kriterien zu messen und den Anscheinsbeweis als

¹ OGH Urt. v. 15.8.1948, OGHZ 1, 249-253.

² OGH Urt. v. 15.8.1948, OGHZ 1, 249, 251.

letztes Mittel herangezogen hat¹. Demgegenüber entsteht bei dem Urteil des Gerichtshofes der Verdacht, daß er eher ein sittliches Unwerturteil abgeben wollte als eine für andere überprüfbare Fallentscheidung.

Das kommt noch ungleich stärker in dem 1950 entschiedenen Fall² zum Ausdruck, in dem der Oberste Gerichtshof über die Rechtsprechung des Reichsgerichts weit hinaus gegangen ist. Er hat die Erbeinsetzung einer Geliebten seiner sittenrichterlichen Kontrolle unterworfen und festgestellt, eine derartige Erbesberufung könne auch dann unsittlich sein, wenn sie nicht dazu bestimmt sei, Geschlechtsverkehr zu erreichen, zu belohnen oder seine Fortsetzung zu suchen oder zu fördern³. Das Gericht hat seine Auffassung damit gerechtfertigt, daß allein die Übergehung eines Angehörigen unter besonders anstößigen Umständen gegen die guten Sitten verstoßen könne⁴. Dabei hat es in einer umfassenden Erörterung nur auf das Verhalten des Erblassers abgestellt und ihm sittliches Fehlverhalten vorgeworfen, wo eigentlich die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts gefordert war. Durch Formulierungen wie "Wilhelm H. (der Erblasser) war geschlechtlich hemmungslos; die von einem polygam veranlagten Mann nach einer Bekanntschaft von höchstens zwei Monaten erfolgte Erbeinsetzung ist anstößig"⁵, wird deutlich, daß § 138 BGB hier als Legitimation für eine verschleierte Privatstrafe vorgeschoben worden ist⁶.

¹ Vgl. S. 21 mit Fußnote 1.

² OGH Urt. v. 26.1.1950, OGHZ 3, 158 ff.

³ So OGH Urt. v. 26.1.1950, OGHZ 3, 158.

⁴ Vgl. OGH Urt. v. 26.1.1950, OGHZ 3, 158, 162 f.

⁵ OGH Urt. v. 26.1.1950, OGHZ 3, 158, 163.

⁶ Vgl. Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 238.

3. Höchststrichterliche Rechtsprechung seit Konstituierung des Bundesgerichtshofs

a. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Sittlichkeit

Für die Beurteilung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" kommt es wesentlich darauf an, wie er auf dem Hintergrund der Entscheidungen des Reichsgerichts und des obersten Gerichtshofs für die britische Zone die Vereinbarkeit eines "Geliebtentestaments" mit den "guten Sitten" festgestellt hat. Dazu wäre eine Konkretisierung dieses Begriffs notwendig gewesen, die vom BGH jedoch in keiner Entscheidung zur Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" vorgenommen worden ist. Der BGH ist wie die frühere Rechtsprechung davon ausgegangen, daß es sich bei der Frage der Sittenwidrigkeit um eine Rechtsfrage handelt¹, und hat sich damit begnügt, in den Fällen, die er zu entscheiden hatte, nach einer genauen Sachverhaltsschilderung über die Sittenwidrigkeit zu urteilen. Dabei hat er die Rechtsprechung des RG und des obersten Gerichtshofs der britischen Zone berücksichtigt und schlagwortartig das Sittengesetz², die Sittenordnung³, sittliche Maßstäbe⁴, das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"⁵ und ähnliche

¹ BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 196.

² So u.a. BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 197; BGH Urt. v. 28.1.1956, FamRZ 1956, 130.

³ So u.a. BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219, 221; siehe auch KG, Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670, 673.

⁴ So u.a. BGH Urt. v. 29.1.1958, FamRZ 1958, 127, 129; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375.

⁵ So u.a. BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219, 220; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 377.

Begriffe verwandt, ohne im einzelnen darauf näher einzugehen.

Nur zögernd ist der BGH zu der Anstandsformel zurückgekehrt, wobei er nicht nur vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" spricht, sondern auch Formulierungen gebraucht wie das "Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" und die "Auffassung aller gerecht und billig Denkenden"¹. In den gleichbedeutenden Wendungen spürt man noch die Unsicherheit der Nachkriegsrechtsprechung, die auf das Unrecht zurückzuführen ist, das im Dritten Reich unter Berufung auf die Anstandsformel und das "gesunde Volksempfinden" als Recht ausgegeben worden ist². Ohne das Problem der Anstandsformel erneut aufzurollen und einmal grundsätzlich darzustellen, hat der BGH das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" nur benutzt, um ein von ihm für wünschenswert gehaltenes Ergebnis zu untermauern³. Danach bleibt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH die Frage offen, wie mit Hilfe der Anstandsformel ein Verstoß gegen die guten Sitten unter Heranziehung objektiver Merkmale ermittelt werden kann.

Infolge des Verzichts auf die Auseinandersetzung mit der Anstandsformel mußte der BGH in seinen Entscheidungen auf andere Begriffe ausweichen.

¹ Vgl. BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 197; BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 76; BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 56, 219, 221; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 377.

² Vgl. S. 14 mit Fußnote 5; vgl. auch Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 20 f.

³ Vgl. dazu BGH Urt. v. 6.5.1954, Fam RZ 1954, 195, 197. BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 76.

Wie vor ihm schon das RG¹ und der Oberste Gerichtshof für die britische Zone² hat er die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts der Sittenwidrigkeit gleichgesetzt und die Fälle dadurch entschieden, daß er das Verhalten des Erblassers als unsittlich hingestellt hat, um so die Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit einer Erbeinsetzung herbeizuführen³. Fraglich ist nur, wo nach der Meinung des BGH die sittlichen Werte verankert sind. Beruft er sich auf ein absolutes Sittengesetz oder stellt er in den Mittelpunkt seiner Entscheidungen eine Sittenordnung, die im Rahmen gesellschaftlicher Veränderungen wandelbar ist?

Es gibt Äußerungen des Bundesgerichtshofes die den Verdacht nahelegen, er verstehe unter dem Sittengesetz ein absolutes Wertgebilde⁴. Demgegenüber beruft er sich in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1956⁵ zwar auf die sittliche Ordnung, stellt aber gleichzeitig klar, daß er damit keine absolute Wertordnung meint, sondern eine wandelbare; denn Prüfungsmaßstab ist die "sittliche Ordnung, so wie sie dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden gegenwärtig ist"⁶. Bei diesen Unstimmigkeiten kann

¹ Vgl. S. 11 f.

² Vgl. S. 24

³ Vgl. BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 63, 287, 288; BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 56, 219 ff.; KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 67, 226, 227; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375.

⁴ So BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 197 unten: "Dem Sittengesetz widerspricht es jedoch, ..."; vgl. auch KG Beschl. v. 20.6.1968 FamRZ 1968, 670, 673.

⁵ BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71 ff.; siehe auch KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226 ff.

⁶ BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 74; KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226, 227.

man sich fragen, ob nicht die Arbeit mit der Anstandsformel transparenter gewesen wäre als das Heranziehen eines Sittengesetzes, das von vornherein auf absolute Werte hinweist, dann aber von der Rechtsprechung relativiert wird.

b. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts

Gemeinsam ist allen Entscheidungen die zumindest im Ausgangspunkt verbale Übereinstimmung mit den Grundsätzen der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung¹. Auch der BGH hat die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung nach ihrem Gesamtcharakter beurteilt, der sich aus Beweggrund, Inhalt und Zweck ergibt. Entscheidend ist aber, wie er die Gewichte zwischen subjektiven und objektiven Momenten verteilt hat, zeigt doch gerade die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone, daß er im Gegensatz zum RG die subjektive Sicht überbetont und sich eine sittenrichterliche Kontrolle angemaßt hat.

Dieser Gefahr ist der BGH in früheren Entscheidungen ebenfalls erlegen, wenn er festgestellt hat: "Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung liegt in der darin zum Ausdruck kommenden und eine Verwirklichung erstrebenden unredlichen Gesinnung des Erblassers, also in seinen ihn bei der Er-

¹ So u.a. BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 196; BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 74; BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 142; BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 467; BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17, 20; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375; BGH Urt. v. 29.6.73, NJW 1973, 1645, 1646.

richtung der Verfügung bestimmenden Beweggründen sowie den dabei von ihm gehegten Vorstellungen über den Zweck und die Auswirkungen seiner letztwilligen Anordnung"¹. Hier wird die subjektive Seite so sehr herausgestellt, daß ihre Begrenzung auf die unredliche Gesinnung, wie sie in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommt, leicht übersehen und unterschätzt wird. So ist es zu verstehen, daß der BGH auf Vorlage des Kammergerichts² die Frage der Sittenwidrigkeit eines "Geliebtentestamentes" noch einmal grundsätzlich behandelt und in seiner Formulierung besonders die Heranziehung subjektiver Kriterien begrenzt hat: "Es geht im Rahmen des § 138 BGB nicht entscheidend um die Beurteilung eines Verhaltens einer Person und um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern es geht allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, bei der naturgemäß die Art des Verhaltens der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten von Bedeutung werden kann ... Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung als Rechtsgeschäft liegt in der unredlichen Gesinnung des Erblassers, wie sie in dem Rechtsgeschäft selbst zum Ausdruck kommt und eine Verwirklichung erstrebt. Es kommt deshalb allein auf den sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts an, der an der Sittenordnung zu messen ist"³.

¹ BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 73, 74; vgl. auch BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219, 221.

² KG Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670 ff.

³ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375; vgl. auch KG Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670, 672; BGH Urt. v. 29.6.1973, NJW 1973, 1645, 1646.

Damit hat der BGH einer Entwicklung Einhalt geboten, die mehr das sittliche Verhalten der Beteiligten beurteilte, als alle Einzelheiten des Falles zur Grundlage der Entscheidung zu machen. Insoweit besteht wieder Übereinstimmung mit den Vorstellungen des Gesetzgebers und des RG¹.

c. Sexuelle Motivation und achtenswerte Beweggründe

Nie abgewichen ist die Rechtsprechung des BGH² von dem durch das RG entwickelten doppelten Ansatz, wonach einerseits eine letztwillige Verfügung gegen die guten Sitten verstößt und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, soweit sie Zuwendungen enthält, mit denen ein Mann eine Frau oder eine Frau einen Mann für gemeinsam unterhaltenen außerehelichen, insbesondere ehebrecherischen Verkehr belohnen oder zur Aufnahme, Aufrechterhaltung bzw. Fortsetzung derartiger Beziehungen bestimmen will. Andererseits braucht trotz eines ehebrecherischen oder ehewidrigen Verhältnisses dann kein Sittenverstoß vorzuliegen, wenn der Erblasser nicht durch seine sexuellen Beziehungen zu der Zuwendung veranlaßt worden ist, sondern in erster Linie andere, achtenswerte Beweggründe bestimmend gewesen sind. Dazu gehören etwa der Umstand, daß die Frau dem Erblasser wertvolle Dienste geleistet hatte, daß sie durch die Verbindung mit ihm andere Möglichkeiten aufgegeben hatte, ihr Leben zu gestalten, daß er an

¹ Vgl. S. 12 ff.

² Vgl. BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 196; BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 287, 288; BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 72; BGH Urt. v. 29.1.1958, FamRZ 1958, 127, 129; BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140; KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226, 227; BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 467; KG Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670, 672; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 376; BGH Urt. v. 29.6.1973, 1645, 1646.

ihr begangenes Unrecht sühnen oder seiner Verantwortung für ihre von ihm erzeugten Kinder gerecht werden wollte.

Diese Gegenüberstellung von sexueller Motivation und anderen achtenswerten Beweggründen hat oft im Mittelpunkt der Entscheidungen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung gestanden¹. Maßgebend war für die Frage der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung in erster Linie, ob es der alleinige oder doch der ausschlaggebende Zweck des Erblassers war, die Bedachte für ihre geschlechtliche Hingabe zu belohnen². Danach kam es darauf an, ob der Erblasser auch achtenswerte Gründe für die Testamentseinsetzung gehabt hatte. Die Sittenwidrigkeit oder Sittengemäßheit hat die Rechtsprechung dann nach einem Vergleich aller Beweggründe festgestellt. War Belohnung des Geschlechtsverkehrs der mindestens überwiegende, wenn nicht gar der alleinige Beweggrund der Zuwendung, dann sollte auch eine teilweise Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung nicht akzeptiert werden³; umgekehrt hat der BGH die Sittenwidrigkeit abgelehnt, wenn für den Erblasser der Beweggrund, die Bedachte für ihre geschlechtliche Hingabe zu belohnen oder die Fortsetzung des geschlechtlichen Verkehrs zu fördern, gegenüber dem anderen Beweggrund, sie für ihre langjährigen Dienste zu entschädigen, allenfalls nur noch eine sehr untergeordnete Bedeutung gehabt hatte⁴. Eine Teilwirksamkeit ist nur bei einer Gleichwertigkeit der beiden Beweggründe zugelassen worden⁵.

¹ So auch BGH Urt. v. 29.6.1971, FamRZ 1971, 638 ff.

² So BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 566, 467.

³ Vgl. dazu u.a. BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 142.

⁴ Vgl. u.a. BGH Urt. v. 29.1.1958, FamRZ 1968, 127, 129.

⁵ Vgl. BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 142.

Das Problematische der Ausgangsthesen für die Rechtsprechung liegt darin, daß ihr Wahrheitsgehalt zwar nicht bestritten wird, aber allein mit ihrer Hilfe praktisch kaum ein Fall entschieden werden kann. Denn regelmäßig sind die Beziehungen zwischen dem Erblasser und dem Zuwendungsempfänger komplexer, als daß sie schablonenmäßig nur dem einen oder dem anderen Grundsatz zugeordnet werden können. Deshalb erhellen die in fast allen Urteilen wiederkehrenden Grundsätze die Frage der Sittenwidrigkeit von "Geliebten-testamenten" in Wirklichkeit kaum. Diese Erkenntnis hat das RG wohl schon dazu veranlaßt, immer wieder zu betonen, feste Regeln ließen sich nicht aufstellen, entscheidend sei vielmehr das jeweilige Gesamtbild¹.

Aus dieser Lage ergibt sich zwangsläufig, daß die Gerichte ihre eigenen Vorstellungen über Sittengemäßes und Sittenwidriges in die Rechtsprechung eingebracht und danach entschieden haben. Das hat zu einer sittenstrengen höchst-richterlichen Praxis geführt, weil der BGH davon ausgegangen ist, daß grundsätzlich selbst der geschlechtliche Verkehr zwischen unverheirateten Personen als sittenwidrig angesehen wird, erst recht der zwischen einer ledigen Person und einer verheirateten². Waren ehebrecherische Beziehungen

¹ Vgl. S. 12 ff. m.w.Nachw.

² So BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 468; vgl. auch BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 63, 287, 288; Mit der Auffassung befindet sich der BGH in Übereinstimmung mit dem Großen Strafsenat, der in seinem Beschluß v. 17.2.1954/BGHSt 6, 46, 52 ff. ausgeführt hat: "Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist." "Das Sittengesetz hat den Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt." Nur in dieser Ordnung und in dieser Gemeinschaft nehmen sich die Geschlechtspartner so ernst, wie sie es schulden." Daraus folgt, "daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der (Ein-)Ehe vollziehen soll, und daß der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt."

erst einmal festgestellt, haftete einer Erbeinsetzung von vornherein der "Makel der Sittenwidrigkeit"¹ an, der kaum durch andere Beweggründe aufgehoben werden konnte. Achtenswerte Motive hat der BGH in Übereinstimmung mit dem RG bei letztwilligen Zuwendungen nur dann anerkannt, wenn ein materieller Ausgleich für wertvolle Dienste oder als Entschädigung für besondere Nachteile beabsichtigt war². Innere Verbundenheit der beiden Partner und die Pflege gemeinsamer Interessen sollten dagegen unbeachtlich sein³, denn eine seelische Betreuung finde ihre Erklärung in dem bestehenden Liebesverhältnis und rechtfertige daher keine zusätzliche Vergütung⁴. Menschliche Verbundenheit und Verständnis füreinander gehörten bereits zum Inhalt guter persönlicher Beziehungen und kämen als achtenswerte Beweggründe, die einer letztwilligen Zuwendung den Makel der Sittenwidrigkeit zu nehmen vermöchten, nicht in Betracht⁵.

d. Darlegungs- und Beweislast

Die Fragwürdigkeit einer derartigen Rechtsprechung wird evident, berücksichtigt man, daß der BGH die Abwägung zwischen den verschiedenen Motiven auch dann vorgenommen hat, wenn sich aus dem

¹ Vgl. u.a. BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff.

² Vgl. dazu BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 197; BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 287 ff.; BGH Urt. v. 10.1.1957, BGHZ 23, 76, 78 ff.; BGH Urt. v. 29.1.1958, FamRZ 1958, 127, 129; BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 142; BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17, 22 ff.; BGH Urt. v. 27.5.1971, FamRZ 1971, 638 f.; siehe auch zur Rechtsprechung des RG S. 17-21.

³ So KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226, 228.

⁴ So BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 141 f.; siehe auch RG Urt. v. 16.5.1941, RGZ 166, 395, 399.

⁵ So BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 469.

Testament und den Gesamtumständen des Falls überhaupt nicht entnehmen ließ, welche Beweggründe den Erblasser zu seiner letztwilligen Verfügung veranlaßt hatten oder zwar die Motive, aber nicht ihr Verhältnis zueinander bekannt waren. Dieses Problem hat der BGH in Fortführung der Rechtsprechung des RG¹ und des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone² einfach dadurch gelöst, daß er auf die "Lebenserfahrung" zurückgegriffen hat, nach der zu vermuten sei, daß die geschlechtlichen Beziehungen für die letztwillige Zuwendung maßgebend gewesen seien, wenn zwischen dem Erblasser und einer von ihm bedachten Frau insbesondere längere Zeit ehebrecherische Beziehungen bestanden hätten³. So hat er in seinem Urteil vom 15.2.1956⁴ die Auffassung geteilt, daß die Gesamtheit der Beziehungen, wie sie zur Zeit der Testamentserrichtung zwischen dem Erblasser und der Beklagten bestanden hätten - also ihr ehebrecherisches Verhältnis, ihre häusliche Gemeinschaft und die Dienstleistungen und etwaigen sonstigen Aufwendungen der Beklagten im Rahmen dieser Gemeinschaft - ein einheitliches und untrennbares Ganzes gewesen seien, das als solches den Erblasser zu der Aussetzung des Vermächtnisses veranlaßt habe. Obwohl hier die Gesamtumstände besonders betont werden, hat der BGH den unmittelbar darauf folgenden Schluß zugelassen, "das wesentlich Bestimmende" seien für den Erblasser die ehebrecherischen Beziehungen gewesen, der Beklagten das Vermächtnis zuzuwenden. Demzufolge sei dieses Vermächtnis sittenwidrig und nichtig.

¹ Vgl. dazu S. 21 m.w.Nachw.

² Vgl. dazu S. 25 m.w.Nachw.

³ Siehe dazu KG Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670, 672.

⁴ BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 73.

Mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die nach der "Lebenserfahrung" und sich daraus ergebenden Vermutungen urteilte, war für die "Geliebte" eine prozessual nachteilige Folge verbunden. Sie hatte nämlich bei langjährigem "ehebrecherischen" Umgang mit dem Erblasser zu beweisen, daß eine letztwillige Zuwendung zu ihren Gunsten nicht sittenwidrig war¹, weil die geschlechtlichen Beziehungen nicht die entscheidende Rolle gespielt hatten², sondern andere triffende Gründe für die letztwillige Verfügung maßgebend gewesen waren³.

Dieser Beweis war bei der Rechtsprechung kaum zu führen, die davon ausging, jeder außereheliche Verkehr sei unsittlich und jedes außereheliche Verhältnis sei mit einem sittlichen Makel behaftet, weil in ihm sexuelle Beziehungen bestimmend seien. Das zeigt besonders deutlich die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.2.1968⁴. Darin ging es bei einem Gesamtnachlaßwert von 110.000,-- bis 120.000,-- DM um die Gültigkeit eines Barvermächtnisses von 20.000,-- DM, das ein nicht verheiratet gewesener Erblasser im Alter von 65 Jahren ein Jahr vor seinem Tode in einem 1962 errichteten eigenhändigen Testament außer seiner Wohnungseinrichtung und seinen persönlichen Gebrauchsgegenständen einer verheirateten Frau zugewandt hatte,

¹ Vgl. BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 196.

² Vgl. BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 75.

³ Vgl. BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140, 141; In dem ersten Leitsatz zu dieser Entscheidung heißt es: "Hat ein verheirateter Mann einer Frau, mit der er längere Zeit hindurch ehebrecherischen Umgang unterhielt, letztwillig einen Vermögensvorteil zugewendet, so obliegt es der Bedachten, im einzelnen darzutun, daß nicht ihre geschlechtlichen Beziehungen zu dem Erblasser, sondern andere triffende Gründe für die Zuwendung maßgebend gewesen sind."

⁴ BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff. = NJW 1968, 932 ff.

die er 1949 kennengelernt hatte und mit der ihn zunächst ein rein kameradschaftliches Verhältnis verband, das seit 1956/57 auch zu geschlechtlichen Beziehungen geführt hatte. Im übrigen war die einzige nähere Angehörige des Erblassers, eine in der DDR lebende Schwester, in dem Testament zur Erbin eingesetzt worden. Der Ehemann der bedachten Frau (Vermächtnisnehmerin) war seit 1944 unheilbar an Rückenmarkschwindsucht als Spätfolge der Syphilis erkrankt. Obwohl er etwa 1956 von den engen Beziehungen zwischen seiner Frau und dem Erblasser erfahren hatte, war die Ehe im Interesse des gemeinsamen, seinerzeit noch minderjährigen Sohnes aufrechterhalten worden. Erblasser und bedachte Ehefrau, eine in leitender Position tätige Angestellte in einem Westberliner Konfektionshaus, waren nach den Feststellungen des Berufungsgerichts "gebildete Menschen ..., die eine gehobene Lebensweise geführt" haben¹. Während die beiden Vorinstanzen die Sittenwidrigkeit des Barvermächtnisses verneint hatten, ist der dritte Zivilsenat des BGH unter Zugrundelegung seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung zur Aufhebung und Zurückverweisung gelangt. Auch der BGH erkannte, daß besonders die gereiften Menschen dauerhafte sexuelle Beziehungen regelmäßig eine Zuneigung der Partner voraussetzen und sich erst aufgrund einer seelischen Bindung körperliche Beziehungen zu entwickeln pflegen. Er wußte ebenso, daß eine schwere Eheverfehlung, auch der Ehebruch, nach der Lebenserfahrung meist nicht die Ursache einer Ehezersüttung, sondern die Folge einer bereits vorher entstandenen Entfremdung der Ehegatten ist². Dennoch glaubte er, die geschlechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Bedachten

¹ Nach Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, S. 13 f.

² Vgl. BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 469.

selbst wenn sie auch menschlich verständlich erscheinen könnten, doch als sittenwidrig beurteilen zu müssen¹. Ja, er hat sogar die Frage aufgeworfen, ob das enge menschliche und kameradschaftliche Verhältnis, aus dem heraus es zu den sexuellen Beziehungen gekommen sei, nicht insgesamt gegen die guten Sitten verstoßen habe und deshalb aus ihm ein achtenswerter Beweggrund, der die Zuwendungen des Erblassers an die Klägerin (die Bedachte) vom Makel der Sittenwidrigkeit zu befreien vermöchte, nicht zu entnehmen sei². Offenbar ist der Senat davon ausgegangen, daß er geschlechtliche Beziehungen moralisch besser beurteilen konnte als die Richter des Kammergerichts und daß er eher im Besitz der "Lebenserfahrung" war; denn anders ist es nicht zu verstehen, wenn er dem Kammergericht vorgeworfen hat: "Die Ansicht des Berufungsgerichts, die geschlechtlichen Beziehungen des Erblassers und der Klägerin (der Bedachten) seien wegen der Verhältnisse in deren Ehe nicht mit einem sittlichen Makel behaftet, beruht daher auf einer der Rechtsordnung kraß widersprechenden und damit unrichtigen Rechtsauffassung"³.

e. Wandel in der Rechtsprechung

Um der massiven Kritik zu begegnen, die gerade bei dem Urteil vom 26.2.1968⁴ noch einmal laut

¹ Vgl. BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 468.

² So BGH, a.a.O., S. 469.

³ BGH, a.a.O., S. 468.

⁴ BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff. = NJW 1968, 932 ff.

geworden war¹, hat der BGH in seinem auf Vorlage des KG² gem. § 28 Abs. 2 FGG ergangenen Beschluß vom 31.3.1970³ noch einmal grundsätzlich zur Frage der Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" Stellung genommen. Obwohl er dabei den Eindruck einer grundlegenden Revision der bisherigen Praxis vermeiden wollte, stellt die Entscheidung einen Fortschritt dar, weil sie nicht mehr auf einer vom Gericht festgestellten Lebenserfahrung und tatsächlichen Vermutungen basiert.

Den Beschlüssen des KG und des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein 1965 im Alter von 59 Jahren verstorbener Erblasser hatte durch ein Testament aus dem Jahre 1948 eine um sieben Jahre jüngere Frau, mit der er seit 1942 zusammengelebt hatte, zur Alleinerbin eingesetzt, um damit eine Dankesschuld für Unterstützung in schweren Stunden abzutragen. Der Erblasser war bis zu seinem Tode in kinderloser Ehe verheiratet, während die Bedachte zwar verheiratet war, als sie zu dem Testator zog, 1964 aber geschieden wurde. Während das Nachlaßgericht der Witwe des Verstorbenen 1967 einen Teilerbschein über drei Viertel des Nachlasses ausgestellt hatte, wollte es dem Begehren der zwei Geschwister des Erblassers, ihnen als gesetzliche Erben einen Teilerbschein zu je einem Achtel des Nachlasses zu erteilen, nicht nachkommen, weil die Testamentserbin zu einem Viertel berechtigt sei.

Dieser Meinung war auch der erkennende Senat des KG, wenn er ausgeführt hat, "daß die letztwillige Verfügung eines Erblassers zugunsten einer Frau,

¹ Vgl. v.a. Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressen-Testament", JZ 1968, 441 ff., 449.

² KG Beschl. v. 20.6.1968, FamRZ 1968, 670 ff.

³ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.; so auch BGH Urt. v. 27.5.1971, FamRZ 1971, 638 f.

mit der er in einem ehebrecherischen Verhältnis zusammengelebt hat, nicht allein deshalb, weil sie auf erotischen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Bedachten beruht und andere, achtenswerte Beweggründe für die Bedenkung nicht festgestellt werden können, gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist, soweit nicht dadurch pflichtteilsberechtigzte Angehörige enterbt werden"¹. Damit hat er sich dem Urteil des BGH vom 26.2.1968² entgegengestellt, dem die Rechtsauffassung zugrunde liegt, "daß die letztwillige Verfügung eines Mannes zugunsten einer Frau, mit der er in ehebrecherischen erotischen Beziehungen gestanden hat oder steht, auch dann sittenwidrig und deshalb nichtig ist, wenn der durch die Verfügung benachteiligte Erbe eine Schwester, also ein nicht pflichtteilsberechtigter Angehöriger ist, und daß auch in einem solchen Fall die Verfügung nur dann ganz oder teilweise als gültig angesehen werden kann, wenn das Gesamtbild aller Umstände ergibt, daß neben den erotischen Beweggründen auch noch andere, achtenswerte Beweggründe für den Erblasser ausschlaggebend waren"³.

Der Senat hat zwar den Ausgangspunkt der Entscheidung vom 26.2.1968 gebilligt, "daß letztwillige Zuwendungen, mit denen ein verheirateter Mann eine Frau für den mit ihr gehaltenen ehebrecherischen Verkehr belohnen oder zur Fortsetzung solchen Verkehrs bestimmen will, in der Regel gegen die guten Sitten verstoßen mit der Folge, daß sie gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind"⁴. Es erschien ihm aber nicht gerechtfertigt, "einen

¹ KG, a.a.O., S. 671.

² BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff.

³ KG, a.a.O., S. 671.

⁴ KG, a.a.O., S. 672.

solchen Willen des Erblassers schon deshalb zu vermuten, weil zwischen ihm und der bedachten Frau sexuelle Beziehungen bestanden haben oder bestehen"¹. Das galt für das Gericht umso mehr, als "insbesondere bei gereiften Menschen sexuelle Beziehungen sich häufig erst aufgrund einer seelischen Bindung zu entwickeln pflegen." Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb gerade bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung eine Vermutung für das Vorliegen sexueller Beweggründe des Erblassers oder gar für den Entgeltcharakter der Verfügung bestehen solle. Das werde der Lebenswirklichkeit nicht gerecht. Überdies sei es zweifelhaft, ob eine Differenzierung bezüglich der Intensität einzelner Beweggründe bei einer einheitlich motivierten Handlung überhaupt möglich sei. Deshalb ist das KG schließlich zu der Erkenntnis gelangt, "daß dem Beweggrund des Erblassers für die letztwillige Verfügung nur in dem Fall einer positiven Feststellung Bedeutung zukommt, daß der Erblasser seine Geliebte durch die Bedenkung für die geschlechtliche Hingabe entlohnen oder sie zur Fortsetzung des Verhältnisses bestimmen wollte"¹."

Der BGH hat sich der Entscheidung des KG angeschlossen und damit einen längst fälligen Wandel in der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" eingeleitet. Er hat zum ersten Mal nicht die Lebenserfahrung bemüht, obwohl es der letzte Ausweg gewesen wäre, um die Sittenwidrigkeit zu begründen, da nicht feststand, "daß der Erblasser die bedachte Frau M. mit dem ihr testamentarisch Zugewendeten für die mit ihr unterhaltenen langjährigen geschlechtlichen Beziehungen belohnen oder sie zur Fortsetzung dieser Beziehungen bestimmen wollte"².

¹ KG, n.n.O., S. 672.

² BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 380.

Dafür spreche auch nicht eine allgemeine Lebenserfahrung, genausowenig wie es einen Erfahrungssatz gebe, daß in einem solchen Fall ausschließlich im Bereich des Sexuellen liegende Motive den Erblasser zu der Zuwendung veranlaßt hätten, die dann ihrerseits wegen des anstößigen Beweggrundes des Erblassers als sittenwidrig erachtet werden müßte. Nur ein solcher Erfahrungssatz aber könne allenfalls eine entsprechende tatsächliche Vermutung begründen und es rechtfertigen, der Bedachten die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände aufzuerlegen, die im Rahmen der Beurteilung der letztwilligen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit zu ihren Gunsten ins Gewicht fallen könnten; insbesondere also dafür, daß im konkreten Einzelfall andere "achtenswerte", d.h. sittlich nicht anstößige Beweggründe für die Zuwendung im Vordergrund gestanden hätten¹.

Somit hat sich der BGH zumindest für den Fall, daß der Erblasser keine pflichtteilsberechtigten Angehörigen übergangen hat, dafür entschieden, "das Rechtsgeschäft der Erbeinsetzung einer Frau, mit der der Erblasser außerhalb der Ehe jahrelang wie Mann und Frau zusammengelebt hat, nicht als sittenwidrig mit der Folge der Nichtigkeit zu erachten, selbst wenn besondere achtenswerte Beweggründe für die Zuwendung nicht festgestellt werden können, sofern nicht erwiesen ist, daß der Erblasser durch die Zuwendung die Bedachte allein zur Fortsetzung der geschlechtlichen Hingabe bestimmen oder sie hierfür belohnen wollte"². Insoweit hat das Gericht ausdrücklich nicht länger an seiner entgegenstehenden Auffassung aus dem Urteil vom 26.2.1968 festgehalten.

¹ BGH, a.a.O., S. 381; vgl. auch BGH Urt. v. 27.5.1971, FamRZ 1971, 638 f.

² BGH, a.a.O., S. 382.

f. Schutz von Ehe und Familie und andere achtenswerte Beweggründe

Der Beschluß des BGH hat zur Folge, daß in den meisten Fällen den Erblasser bewegende anstößige Beweggründe nicht mehr zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden können, weil sie nicht feststellbar sind. Somit hat die ständige Rechtsprechung des RG, des OGH und des BGH ein Ende gefunden, die in erster Linie immer über den Entgeltcharakter einer letztwilligen Verfügung als Belohnung für Geschlechtsverkehr geurteilt hat. Jetzt muß die Entscheidung von anderen Beurteilungskriterien abhängig gemacht werden.

Der BGH hat dieses Problem zu lösen versucht, indem er sich darauf besonnen hat, daß ein sittlicher Vorwurf, der dem Erblasser und (oder) der Bedachten wegen ihrer Lebensführung zu machen ist, für sich allein genommen keinen entscheidenden Einfluß auf die Testierfreiheit des Erblassers oder die Erbwürdigkeit der Bedachten gewinnen kann. Es geht im Rahmen des § 138 BGB eben nicht entscheidend um die Beurteilung des Verhaltens einer Person und um Sachkriterien für unsittliches Verhalten, sondern es geht allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, bei der naturgemäß die Art des Verhaltens der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten von Bedeutung werden kann¹. Endlich hat der BGH mit wünschenswerter Klarheit herausgestellt, daß die Wertung, ob und inwieweit außereheliche Geschlechtsbeziehungen vom Makel der Sittenwidrigkeit betroffen werden, grundsätzlich auf einer anderen Ebene liegt als die entsprechende Beurteilung eines Rechtsgeschäfts, das - wie in der Regel die letztwillige Verfügung - ausschließlich die materielle

¹ Vgl. BGH, a.a.O., S. 375.

Gütersphäre trifft¹. Deshalb darf man bei der Frage, ob eine Zuwendung von Todes wegen im Sinne des § 138 BGB sittenwidrig ist oder nicht, die Beurteilung grundsätzlich nicht auf die zwischen dem Erblasser und der Bedachten bestehenden sexuellen Beziehungen als solche beschränken, sondern man muß vielmehr prüfen, inwieweit diese Beziehungen, die letztwillige Verfügung, das Rechtsgeschäft, als sittenwidrig erscheinen lassen.

Es mag dem BGH zugestimmt werden, daß die höchst-richterliche Rechtsprechung im Ansatzpunkt auch bisher keine andere Auffassung vertreten hat². Es kann jedoch nicht übersehen werden, daß er mit seinem Beschluß die Gewichte zwischen subjektiven und objektiven Beurteilungskriterien entscheidend zugunsten der objektiven verschoben hat³. Danach kommt es für die Beurteilung einer letztwilligen Verfügung - soweit sie nicht ausschließlich Entgeltcharakter in dem oben beschriebenen Sinne hat - unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit wesentlich auf den Inhalt dieses Rechtsgeschäfts unter Einschluß seiner Auswirkungen an⁴.

Leider hat der BGH auch diesen Fall nicht zum Anlaß genommen, einmal grundsätzlich zu klären, ob und wie ein Verstoß gegen die guten Sitten möglichst objektiv und deshalb nachprüfbar festgestellt werden kann. Mehr als ein lapidarer Hinweis auf die "Auffassung aller billig und gerecht Denkenden" findet sich in dem Beschluß nicht.⁵

¹ BGH, a.a.O., S. 377.

² So BGH, a.a.O., S. 376.

³ Vgl. S. 30 ff. m.w.Nachw.

⁴ BGH, a.a.O., S. 377.

⁵ BGH, a.a.O., S. 377.

Ansonsten hat das Gericht vornehmlich den Schutz pflichtteilsberechtigter Angehöriger angestrebt und es einfach als sittenwidrig bezeichnet, daß der Erblasser seine Ehefrau übergangen und zugunsten seiner Geliebten testiert hatte¹. Der Schutz von Ehe und Familie und die Zurücksetzung nächster Angehöriger ist in den Entscheidungen der höchsten Gerichte seit jeher von Bedeutung gewesen², nur daß eben bisher immer der Entgeltcharakter im Vordergrund gestanden hat und die anderen Gesichtspunkte gewissermaßen nur in zweiter Linie, besonders bei der Beurteilung achtenswerter Beweggründe, eine Rolle gespielt haben. Jetzt sind diese zur Entscheidungsgrundlage geworden, da sich die Rechtsprechung nur noch auf die sexuellen Motive des Erblassers berufen kann, wenn sie tatsächlich nachgewiesen sind.

Ausgehend von der neu bestimmten Basis, die wesentlich auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts unter Einschluß seiner Auswirkungen abstellt³, hat der BGH die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung vornehmlich davon abhängig gemacht, welche Personen zugunsten der Geliebten durch das Testament zurückgesetzt werden. Es sei in Würdigung des Gesamtcharakters der letztwilligen Verfügung "i n s b e s o n d e r e"⁴ zu berücksichtigen, wer zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden ist,

¹ Vgl. BGH, a.a.O., S. 381.

² Vgl. dazu u.a. OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1962, Seuff.Arch. 57, 438, 440; RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 4.11.1926, LZ 1927, Sp. 531, 533; RG Urt. v. 16.5.1941, RGZ 166, 395, 399; BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195, 197 f.; BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 287, 289; BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 467.

³ Vgl. BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 377.

⁴ Hervorhebung vom Verfasser.

in welchen Beziehungen der Erblasser zu den Zurückgesetzten stand und wie sich die Verfügung für diese Zurückgesetzten auswirkt, ob es ihnen insbesondere zugemutet werden kann, die Bedachte so, wie sie durch die letztwillige Verfügung eingesetzt worden ist (Alleinerbin, Miterbin, Vermächtnisnehmerin) anzuerkennen"¹. Dabei werde in der Regel die Zurücksetzung um so schwerer wiegen, "je enger das familienrechtliche Verhältnis war, in dem die Zurückgesetzten zu dem Erblasser standen, wenn vor allem Ehefrau und Kinder zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden sind"¹.

Diese Konsequenz hat die Rechtsprechung aus dem Wesen von Ehe und Familie gezogen. Danach ist es grundsätzlich sittlich zu mißbilligen, wenn die Ehefrau des Erblassers und seine pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge dadurch benachteiligt werden, daß sie im Testament zugunsten einer "Geliebten" übergangen werden². Der BGH hat diese Auffassung auch schon in früheren Entscheidungen herausgestellt. So hat er in einem Urteil aus dem Jahre 1955³ betont: "Ein Vater, der seine leiblichen Kinder gegenüber seiner - wenn auch um ihn verdienten - Geliebten auf solche Weise (Beschränkung auf den Pflichtteil) ohne zureichenden Grund in ihrer wirtschaftlichen und persönlichen Stellung zurücksetzt, verstößt damit in gröblicher Weise gegen die Pflichten, die Sitte und Anstand ihm gegenüber seinen Kindern auferlegen."⁴

¹ So BGH, a.a.O., S. 377.

² Vgl. BGH, a.a.O., S. 373.

³ BGH Urt. v. 16.5.1955, FamRZ 1963, 287 ff.

⁴ BGH, a.a.O., S. 289.

In seinem Beschluß aus dem Jahre 1970¹ hat sich das Gericht jedoch nicht allein auf den Schutz pflichtteilsberechtigter Familienangehöriger beschränkt, sondern seiner Meinung nach kann die Gültigkeit einer Verfügung auch dann "in Frage gestellt sein, wenn der Erblasser entferntere Verwandte oder sonstige Personen zugunsten der Bedachten hat zurücktreten lassen, die bei dem gegebenen Sachverhalt nach der Auffassung aller billig und gerecht Denkenden nicht hätten zurückgesetzt werden dürfen"². Diese Voraussetzungen sollen dann gegeben sein, wenn jemand den Erblasser lange Zeit aufopfernd gepflegt oder sonstige erhebliche Opfer für ihn gebracht hat, kurz, wenn ein moralischer Anspruch auf eine entsprechende Zuwendung besteht³. - Andererseits hat der BGH durchaus eingeräumt, daß keine sittliche Verpflichtung besteht, die den Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt⁴, wenn eine "das übliche Maß überschreitende" enge familiäre oder sonstige Verbundenheit zwischen dem Erblasser und diesen entfernten nicht pflichtteilsberechtigten gesetzlichen Erben fehlt.

Soweit dagegen durch eine letztwillige Verfügung pflichtteilsberechtigzte Angehörige zugunsten einer "Geliebten" übergangen oder belastet werden, bezweifelt der BGH grundsätzlich die Vereinbarkeit jedes "Mätressentestaments" mit den guten Sitten. Das hat er zwar nicht in aller Deutlichkeit ausgesprochen, muß aber seiner Zustimmung zu Ausführungen der Instanzgericht entnommen werden⁵. Danach soll die Zurücksetzung der Ehe-

¹ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.

² BGH, a.a.O., S. 377.

³ BGH, a.a.O., S. 378.

⁴ BGH, a.a.O., S. 382.

⁵ BGH, a.a.O., S. 381.

frau und (oder) der Kinder zugunsten einer "Geliebten" die vollständige oder teilweise Unwirksamkeit des Testaments in Höhe des gesetzlichen Erbteils der übergangenen Personen herbeiführen, wenn achtenswerte Beweggründe, welche die Zurücksetzung rechtfertigen können, nicht feststellbar sind und deshalb die Erbeinsetzung nicht hingenommen werden kann. Hier offenbart sich eine Parallelität zur früheren Rechtsprechung. Während sie Jahrzehnte davon ausgegangen ist, die sexuellen Motive des Erblassers nach der "Lebenserfahrung" zu vermuten und sie nur durch achtenswerte Beweggründe widerlegen zu lassen, sollen heute dieselben Umstände, nur in eine objektive Form gekleidet, dazu dienen, eine aus dem Wesen von Ehe und Familie begründete Sittenwidrigkeit ganz oder teilweise aufzuheben.

Somit kann vom Ergebnis her nur insofern ein Wandel der Rechtsprechung erkannt werden, als der BGH allein bei einer Zurücksetzung von Geschwistern oder noch entfernteren gesetzlichen Erben sein grundsätzliches Verdikt der Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" aufgegeben hat¹.

g. Teilnichtigkeit

Pflichtteilsberechtigte Angehörige werden dagegen nach wie vor durch die Rechtsprechung geschützt, auch wenn es achtenswerte Gründe für eine Erbeinsetzung der "Geliebten" gibt. Kann deshalb keine vollständige Nichtigkeit des Testaments angenommen werden, haben die Gerichte auf Teilunwirksamkeit erkannt. Dabei hat die bisherige

¹ Vgl. dazu S. 43; auch Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, S. 36. Lindacher, Besprechung: Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, DNotZ 1972, 317, 319.

Praxis gezeigt, daß es im Einzelfall nicht vorhergesagt werden kann, in welcher Höhe die Ehefrau und (oder) die Kinder neben der "Geliebten" erben.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1955¹ hat der BGH die Alleinerbeinsetzung der Geliebten eines geschiedenen Erblassers nach eigenem Ermessen auf ein Drittel reduziert und im übrigen die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen. Dadurch sind die beiden ehelichen Kinder zu je einem weiteren Drittel Erben geworden.

Im Prinzip hat sich der BGH in dem Urteil vom 17.3.1969² dieser Entscheidung angeschlossen und die Pflichtteilsansprüche der Ehefrau des Erblassers sowie seiner ehelichen Kinder in gesetzliche Erbteile umgewandelt, so daß die als Alleinerbin eingesetzte Geliebte nur testamentarische Erbin zur Hälfte geworden ist. Nach der Auffassung des Gerichts ist an der Rechtsprechung festzuhalten, die die Möglichkeit bejaht, eine einheitliche Verfügung von Todes wegen, die eine teilbare Zuwendung oder Belastung anordnet, in der Weise zu teilen, daß ein Teil als unwirksam erklärt wird, die Verfügung im übrigen aber wirksam bleibt. Es sei dem Richter zwar nach geltendem Recht nicht gestattet, unbillige letztwillige Verfügungen abzuändern. Das schließe jedoch die Möglichkeit nicht aus, gegebenenfalls Verfügungen, die lediglich durch das Übermaß der Zuwendung gegen die guten Sitten verstießen, hinsichtlich des Übermaßes für nichtig zu erklären und dadurch insoweit die gesetzliche Regelung zum Tragen zu bringen. Denn einerseits könne eine Verfügung, die nur durch ein Zuviel gegen die guten Sitten

¹ BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 287 ff.

² BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17 ff.

verstieße, nicht im ganzen für nichtig erklärt werden, weil der Wille des Erblassers soweit als möglich zu beachten sei und nicht unbeachtet bleiben könne, soweit ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliege; andererseits gehe es nicht an, eine solche Verfügung insgesamt als wirksam zu behandeln¹. Damit wollte der BGH die Anmerkung Boschs zum Urteil vom 15.6.1955 widerlegen, wonach durch diese Rechtsprechung faktisch ein materielles Noterbrecht der nächsten Angehörigen anerkannt werde, die Testierfreiheit eingeschränkt und eine von den Schöpfern des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht gewollte Miterbengemeinschaft zwischen gesetzlichen Noterben und Testamentserben geschaffen werde². Das Gericht hat sich darauf berufen, daß der Testierfreiheit insofern eine Grenze gezogen sei, als gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäfts eben nichtig seien³. Wenn dennoch eine letztwillige Zuwendung über das sittlich Zulässige hinausgehe, sei sie insoweit unwirksam⁴.

Auch in seinem Beschluß vom 31.3.1970⁵ hat der BGH grundsätzlich so entschieden, nur daß er diesmal die Alleinerbeinsetzung der "Geliebten" des Erblassers in Höhe des gesamten gesetzlichen Erbteils der einzigen pflichtteilsberechtigten Person, der Ehefrau, für nichtig erklärt hat. Hier ist der testamentarischen Alleinerbin also letztlich nur ein Viertel des Gesamtnachlasses zugesprochen worden.

¹ BGH, a.a.O., S. 24.

² Vgl. BGH, a.a.O., S. 24; Bosch, Anmerkung zu BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 63, 290; vgl. dazu auch Böhm, Besprechung: Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, FamRZ 1971, 605 f.

³ BGH, a.a.O., S. 24.

⁴ Vgl. BGH, a.a.O., S. 25.

⁵ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.

Aus einem Vergleich der drei Entscheidungen ergibt sich, daß der Umfang der Nichtigkeit der Testamente in jedem Falle anders bestimmt worden ist. Damit wird zwangsläufig die Frage aufgeworfen, ob eine derartige Rechtsprechung noch den Anforderungen genügt, die aus Gründen der Rechtssicherheit an sie gestellt werden müssen.

h. Wertordnung des bürgerlichen Rechts

Der BGH selbst hat geprüft, ob seine Auffassung zur Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" nach den Prinzipien und der Wertordnung unseres bürgerlichen Rechts als begründet angesehen werden kann. Anlaß dazu ist ihm die Umstellung der Rechtsprechung gewesen, die den objektiven Gehalt der letztwilligen Verfügung in den Vordergrund gerückt hat, statt sich wie bisher an den Motiven des Erblassers zu orientieren¹. In seiner Entscheidung vom 31.3.1970² hat der BGH ein Bekenntnis zur Testierfreiheit abgelegt und ihr zumindest verbal den Vorrang vor dem Schutz von Ehe und Verwandtschaft eingeräumt. Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches sei von dem Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht. In der Freiheit, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, werde der Erblasser auch durch das der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende sittliche Prinzip regelmäßig nicht beschränkt. Diesem Prinzip sei der autonome Wille des Erblassers grundsätzlich übergeordnet; ein Noterbrecht zugunsten nächster Angehöriger, wie es in ausländischen Rechtsordnungen zu finden sei, sei dem deutschen Erbrecht unbekannt. Außerhalb des Bereichs der Pflichtteilsrechte hätten nach der Wertordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches jedenfalls für den Regelfall Ehe und Verwandtschaft gegenüber der Testierfrei-

¹ Siehe S. 44 ff.

² BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.

heit des Erblassers zurückzutreten. Dabei sei es grundsätzlich ohne Bedeutung, welche Beweggründe den Erblasser veranlaßt hätten, bei der Verteilung seines Nachlasses von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen. Sein letzter Wille solle möglichst weitgehend gewahrt bleiben¹. Die Rechtsprechung hat ausdrücklich betont, daß hierin kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG liege, denn der von dieser Vorschrift geforderte besondere Schutz der Familie werde durch die Testierfreiheit nicht beeinträchtigt². Auf der Grundlage dieser Wertordnungen des Gesetzgebers soll nach der Auffassung des BGH beurteilt werden, wann und in welchem Umfang eine letztwillige Zuwendung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

1. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Nicht Stellung genommen hat der BGH in seinem Beschluß vom 31.3.1970³ zu der Frage des maßgeblichen Zeitpunkts für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit eines Testaments. Deshalb kann dafür nur die höchstrichterliche Rechtsprechung herangezogen werden, wie sie sich vor der Entscheidung dargestellt hat, durch die sie an entscheidender Stelle abgeändert worden ist. Wenn das RG sich auch unter dem Einfluß des § 48 Abs. 2 TestG für den Zeitpunkt des Erbfalls zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit ausgesprochen hat, so muß das in enger Verbindung mit der objektiven Auslegung dieser Vorschrift gesehen werden⁴. Mit der Rückkehr zu einer die subjektiven Momente berücksichtigenden Auffassung hat die Rechtsprechung auch

¹ Vgl. BGH, a.a.O., S. 374.

² Vgl. BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17, 19.

³ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.

⁴ Vgl. dazu S. 23 f.

wieder auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung abgestellt¹. Das hat der BGH in seinem Urteil vom 15.2.1956² ausführlich begründet. Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung liege in der darin zum Ausdruck kommenden und eine Verwirklichung erstrebenden unsittlichen Gesinnung des Erblassers, also in seinem, ihn bei der Errichtung der Verfügung bestimmenden Beweggründen, sowie den dabei von ihm gehegten Vorstellungen über den Zweck und die Auswirkungen seiner letztwilligen Anordnung. Seien diese Beweggründe und Vorstellungen mit der sittlichen Ordnung, so wie sie dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden gegenwärtig sei, unvereinbar, so könne seine Verfügung von der Rechtsordnung zu keiner Zeit als gültig anerkannt werden. Denn die sittliche Bewertung des Errichtungsaktes nach seiner subjektiven Seite sei unabhängig davon, ob nach der Errichtung Verhältnisse einträten, unter denen nunmehr die Errichtung eines gleichlautenden Testaments eine andere sittliche Beurteilung verdienen würde³. Stelle man entscheidend auf den Inhalt der Verfügung ab, wie er sich beim Erbfall tatsächlich auswirke, würde das auf ein völliges Absehen von der für die sittliche Beurteilung der Verfügung maßgebenden subjektiven Einstellung des Erblassers hinauslaufen⁴. Den nach der Errichtung des Testaments eintretenden

¹ Für die Rechtsprechung des RG siehe S. 21 ff. m.w.Nachw.; zur neueren Rechtsprechung vgl. OLG Celle Urt. v. 5.7.1955, NJW 1956, 265; BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 74 f.; BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219, 220; BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466, 468.

² BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71 ff.

³ BGH, a.a.O., S. 73 f.

⁴ BGH, a.a.O., S. 74.

Umständen könne deshalb nur insoweit eine Bedeutung zukommen, als der Erblasser sich möglicherweise damals über die künftige Entwicklung mutmaßend gewisse Vorstellungen gemacht hätte¹.

Es erscheint allerdings fraglich, ob es in diesem Punkt bei der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung bleiben kann, wenn der BGH an der jetzt eingeschlagenen Linie festhält und bei der Beurteilung von "Geliebtentestamenten" auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten nur dann noch die Anstößigkeit der Beweggründe seitens des Erblassers berücksichtigt, wenn positiv festgestellt wird, daß der Testator die Frau damit für ihre Hingabe entlohnend oder zur Hingabe bestimmen wollte².

III. Ergebnis

Mit Hilfe der bisherigen Ausführungen sollte ermittelt werden, wie nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und einer über siebzigjährigen höchstrichterlichen Rechtsprechung der Begriff der "guten Sitten", dem bei der Frage nach der Rechtswirksamkeit von "Geliebtentestamenten" die zentrale Bedeutung zukommt, anhand von möglichst objektiven Kriterien konkretisiert werden muß. Nach entsprechender Prüfung bleibt jedoch nur die Erkenntnis, daß es in der Praxis bisher nicht gelungen ist, das Problem durchschaubar zu lösen. Gerade weil eine einheitliche Interpretation der "guten Sitten" im Widerstreit der Meinungen während des Gesetzgebungsverfahrens nicht erreicht worden war, hätte sich die Rechtsprechung um eine grundsätzliche Klärung bemühen

¹ BGH, a.a.O., S. 75.

² Näheres dazu S. 142-145.

müssen. Zwar haben sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verwiesen, um damit dem Verlangen nach objektiv meßbaren Entscheidungskriterien nachzukommen. Bei der Überprüfung der Rechtsprechung drängt sich jedoch der Eindruck auf, die Gerichte hätten die Formel nur benutzt, um die eigenen subjektiven Werturteile zu verdecken. Dazu eignet sich die Anstandsformel auch, weil sie selbst nur einen sehr vagen Prüfungsmaßstab darstellt, der keineswegs eindeutig bestimmt ist.

Teil B: Konkretisierung der "guten Sitten" in
unserer pluralistischen Gesellschaft

Gegen die Rechtsprechung ist in der Literatur begründete Kritik geäußert worden¹. Dabei wird betont, unter Umständen sei nicht so sehr das Ergebnis wie der Weg der Urteilsfindung abzulehnen. Demnach muß ein Konzept dafür entwickelt werden, wie die Gerichte bei der Entscheidung über die Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" vorzugehen haben. Wesentlich ist dabei die Antwort

¹ Vgl. u.a. Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressen-Testament", JZ 1968, 441 ff.; Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, Fam RZ 1960, 326 ff.; Heldrich, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB-Erbrecht, S. 33 ff.; Breithaupt, Anm. zu BGH Urt. v. 26.2.1968, NJW 1968, 932, 933; Reinicke, Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969, NJW 1969, 1344 f.; Ramm, Abschied vom Mätressentestament, JZ 1970, 129 ff.; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 404 ff.; Speckmann, Nochmals: Testierfreiheit und Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit des "Geliebtentestaments", NJW 1971, 924 f., 925.

auf die zentrale Frage nach dem Maßstab für die "guten Sitten". Es soll deshalb zunächst der Versuch gemacht werden, dieses Problem unter Beschränkung auf die Bereiche Intimleben, Familie und Sexualität zu lösen, die unbestritten eine sitten- und moralbezogene Betrachtungsweise verlangen¹. Anschließend kann dargestellt werden, was die Gerichte heute bei ihren Entscheidungen über die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" berücksichtigen sollten.

I. Die Ausfüllung von Generalklauseln als Aufgabe der Gerichte

Es erscheint selbstverständlich, daß ein Richter einer Entscheidung über die "guten Sitten" nicht mit der Begründung ausweichen kann, es liege ein wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff vor, für den das Gesetz keine Bewertungsmaßstäbe angebe, von denen er, der Richter, sich bei der Konkretisierung der Generalklausel leiten lassen könne. Bei Entscheidungserheblichkeit muß er entscheiden. Er ist auch dann Recht zu sprechen verpflichtet, wenn er sich nicht auf eine gesetzliche Norm stützen kann². Dieses Verbot der Rechtsverweigerung hat seinen klassischen Ausdruck in Art. 4 des französischen Code Civil gefunden, der wie folgt lautet: "Der Richter, der unter dem Vorwand des Schweigens, der Unklarheit oder der Unzulänglichkeit des Gesetzes sich weigert, Recht zu sprechen, kann wegen Rechtsverweigerung verfolgt werden". Es ist die Aufgabe des Richters, über Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, um dadurch den Rechtsfrieden wieder herzustellen, auch

¹ Vgl. oben S. 2 m.w.N.

² Vgl. § 137 GVG; BGH Urt. v. 30.10.1951, BGHZ 3, 308, 315 f.; BGH Urt. v. 18.5.1955, BGHZ 17, 266, 276.

wenn nicht alle Verhältnisse in einem Gesetz minutiös geregelt sind¹. Letzteres hat sich sowie so als unmöglich herausgestellt, wie historische Versuche z.B. beim Preußischen Allgemeinen Landrecht gezeigt haben. Bei einer Kodifikation ist der Gesetzgeber vielmehr gezwungen, das Gesetz durch die Aufnahme von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen flexibel zu halten². Es soll dadurch auch bei Wertkonflikten anwendbar sein, die sich zur Zeit seines Erlasses noch nicht vorhersehen oder in ihren Auswirkungen überblicken lassen³. Diesem Verzicht des Gesetzgebers entspricht ein Anwachsen der Aufgaben der Rechtsprechung. Erscheinen die Generalklauseln als ein Stück offengelassener Gesetzgebung⁴, so muß in deren Konkretisierung durch den Richter die Ausübung delegierter Gesetzgebungsgewalt durch Willensentscheidung gesehen werden⁵.

Dabei ist es von Bedeutung, ob ein derartiges Verfahren dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspricht, der für eine freiheitliche Demokratie wesentlich ist⁶ und vom Grundgesetz als tragendes

¹ Vgl. Capelle, Zum Verhältnis von Gesetz und Rechtswirklichkeit in der Wirtschaft, S. 44; Lorenz, Allgemeiner Teil, S. 55; Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 159.

² BVerfG Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225, 243.

³ Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 38.

⁴ So Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 58.

⁵ Birke, a.a.O., S. 37; vgl. auch Bülow, Gesetz und Richteramt, S. 29, 37 ff.; Arndt, Adolf, Das Bild des Richters, S. 15; Sforza, Rechtsphilosophie, S. 144; BGH Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. 34, 56; BVerfG Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225, 242 ff.

⁶ BVerfG Urt. v. 23.10.1952, BVerfGE 2, 1, 12 f.

Organisationsprinzip anerkannt wird¹. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist jedoch nirgends rein verwirklicht. Auch in den Staatsordnungen, die das Prinzip anerkennen, sind gewisse Überschneidungen der Funktionen und Einflüsse der einen Gewalt auf die andere gebräuchlich². Dem Verfassungsaufbau der Bundesrepublik Deutschland entspricht deshalb nicht eine absolute Trennung der Gewalten, sondern ihre gegenseitige Kontrolle und Mäßigung zum Schutz der Freiheit des einzelnen³. Die Trennung darf nicht dazu führen, daß eine Gewalt der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt wird.⁴ Gerade das wäre aber der Fall, wollte man es der Rechtsprechung versagen, den Inhalt von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen im Einzelfall zu bestimmen. Derartiges Richterrecht kann auch in einem auf der Gewaltenteilung aufbauenden Rechtsstaat als legitime Rechtsquelle entstehen. Das wird eindeutig durch die weittragende Bedeutung bewiesen, die dem Richterrecht in Staaten zukommt, die die Gewaltenteilung seit langem als verbindliches Konstitutionsprinzip eines demokratischen Rechtsstaates anerkennen, so in den Vereinigten Staaten von Amerika⁵. Der Grundsatz der Gewaltenteilung verbietet es demnach den Gerichten nicht, auch dann

¹ BVerfG Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225, 247.

² Leibholz-Rinck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 20, Anm. 16.

³ BVerfG Beschl. v. 28.11.1957, BVerfGE 7, 183, 188; BVerfG Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225, 247.

⁴ BVerfG Urt. v. 27.4.1959, BVerfGE 9, 268, 279 f.; BVerfG Urt. v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225, 247; BVerfG Beschl. v. 28.11.1957, BVerfGE 7, 183, 188; BVerfG Beschl. v. 20.6.1967, BVerfGE 22, 106, 111.

⁵ BGH Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11 Anh. 34, 53 f.

Recht zu sprechen, wenn der Entscheidungsmaßstab nicht aus dem Gesetz abgeleitet werden kann.

II. Maßstäbe zur Konkretisierung

Damit ist jedoch nicht mehr gesagt, als daß der Richter über wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe urteilen darf und muß, wenn sie entscheidungserheblich sind. Offen ist noch, worauf sein Werturteil zu basieren hat.

1. Maßstabslose richterliche Rechtsfortbildung

Der einfachste Weg eröffnet sich, läßt man ein selbständiges Werturteil des Richters zu. Das hat bereits die Historische Rechtsschule getan und damit begründet, der Juristenstand repräsentiere das gemeinsame Volksbewußtsein im Hinblick auf das Recht¹. Obwohl bereits die Auseinandersetzungen um den Begriff der "guten Sitten" während des Gesetzgebungsverfahrens zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Anfechtbarkeit dieser Auffassung deutlich gemacht haben², ist bis heute immer wieder die Meinung vertreten worden, dem Richter komme eine ungebundene rechtsschöpferische Funktion zu³. Die Beurteilung eines Wertbegriffs erfordere notwendig ein vorgängiges individuelles Werturteil des Richters⁴, der bei Generalklauseln und

¹ Vgl. S. 5 f.

² Vgl. S. 6 ff.

³ Oertmann, Gesetzeszwang und Richterfreiheit, S. 47; Rotberg, Zu einem Richtergesetz, S. 13; vgl. dazu auch Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil, S. 24; Ohr, Die soziale Jurisprudenz, NJW 1967, 1256 f.; Esser, Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 111; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, S. 55; Schmidt Eberhard, Schlägermensur und Strafrecht, JZ 1954, 374; BGH Beschl. v. 25.11.1965, BGHZ 44, 346, 354.

⁴ Oertmann, a.a.O., S. 47.

ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen kraft seiner freien Stellung selbst ein Schöpfer anzuwendender Normen, ein untergeordneter Gehilfe des Gesetzgebers, sei¹. Dabei treffe er letztlich eine Willensentscheidung nach sittlichem Empfinden und sein richterliches Gewissen werde damit zum Maßstab und Repräsentanten des Gefühls aller billig und gerecht Denkenden².

Gesteht man es dem Richter zu, wertausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe nach seinem Rechtsgefühl und in freier Entscheidung zu konkretisieren, ist das praktisch ein Votum für eine maßstabslose richterliche Rechtsschöpfung, gegen die schon allein aus rechtsstaatlicher Sicht starke Bedenken erhoben werden müssen.

Zunächst fragt es sich unter unmittelbarer Bezugnahme auf die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, ob eine derartige Auffassung noch mit Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG in Einklang zu bringen ist. Danach ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Durch dieses Begriffspaar wird auf die Spannung zwischen Gesetz im Sinne von positivem Recht und Recht im Sinne von materieller Gerechtigkeit hingewiesen. Sollte der Richter seine Entscheidung nicht allein aus einer positiven Rechtsnorm, einem "Gesetz" herleiten können, bleibt er dennoch der materiellen Gerechtigkeit, dem "Recht", verpflichtet. Diesem Anspruch genügt er nicht, wenn er nach seinem persönlichen Werturteil entscheidet, weil die Ergebnisse einer vollkommen freien Rechtsfindung ebenso individuell bedingt sind wie die eines Laien. Sie sind abhängig von

¹ Heck, a.a.O., S. 55.

² Rotberg, a.a.O., S. 13.

persönlicher Erfahrung und Lebensanschauung¹. Der Einzelne hat seine individuelle Wertperspektive², die nicht auf die Gerechtigkeitsvorstellung der Gemeinschaft gerichtet zu sein braucht. Deshalb verbietet Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG mit der Bindung der Richter an Gesetz und Recht eine freie richterliche Rechtsschöpfung.

Die könnte man auch dann nicht bejahen, wenn das Ziel der materiellen Gerechtigkeit nicht in unserer Verfassung normiert wäre. Gehört es doch zu den großen Aufgaben des Rechts überhaupt, Gerechtigkeit anzustreben³. Eine ungebundene richterliche Rechtsschöpfung mit ihrer individuellen Beliebigkeit stünde der Lösung dieser Problematik nur im Wege.

Außerdem würde sie dem Streben des Rechts nach Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Diesem ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz⁴ widerspricht ein Urteil, das auf der persönlichen Werteinsicht und dem Rechtsgefühl des Richters basiert und die Gefahr von Irrationalität, Subjektivität und Unsachlichkeit in sich trägt⁵. Die ungebundene Entscheidung bietet keine Garantie für die geforderte Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Rechts⁶.

¹ Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S. 13.

² Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S. 131.

³ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 181.

⁴ Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 166 bei Fuhn. 214.

⁵ Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 139.

⁶ Vgl. Heck, a.a.O., S. 14.

Genauso wenig wird dadurch dem Prinzip der Gleichbehandlung Rechnung getragen. Man verstößt gegen diesen Grundsatz, wenn man in einer Gemeinschaft an gleiche Fälle unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe anlegt¹. Gerade das trifft aber zu, wenn der Richter von äußeren Bewertungsmaßstäben freigestellt wird und nur seine eigenen Vorstellungen zu verwirklichen braucht.

Nach alledem ist unmittelbar einsichtig, daß eine maßstabslose richterliche Rechtsschöpfung nicht zugelassen werden kann. Es ist vielmehr notwendig, den Richter bei der Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe auf Maßstäbe zu verweisen, die außerhalb seiner Person selbst liegen und die geeignet sind, die Rechtssprechung vor dem Anschein individueller Beliebigkeit zu bewahren.

2. Übergesetzliche Wertordnungen

Häufig sieht man einen derartigen Maßstab in einer übergesetzlichen Wertordnung, die aus naturrechtlichen Denken² oder wertphilosophischen Erkenntnissen im Sinne einer materialen Wertethik³ gewonnen wird. Alle Theorien stimmen in der Annahme absoluter Werte überein. Sie suchen einen existenten, erkennbaren, über dem positiven Recht stehenden Normenbereich, der über die wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe und Generalklauseln in das positive Recht eintreten kann⁴.

¹ Zippelius, a.a.O., S. 134.

² Vgl. dazu z.B. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 179 ff.

³ Hartmann, Ethik, S. 125 ff., 424 ff.; Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, S. 278 ff., insbes. S. 317 ff.

⁴ Vgl. Arzt, a.a.O., S. 30.

Die §§ 138, 826 BGB etc. sind danach als eine Art Blankettgesetz¹ aufzufassen, das seinen Inhalt durch eine andere, höhere Ordnung erhält². Auf den Begriff der "guten Sitten" übertragen bedeutet das, daß ein Verhalten mit der entsprechenden überpositiven Ordnung nicht übereinstimmt. Da jeder, der Zugang zu dieser Ordnung hat, zu demselben Ergebnis kommen muß, ist der Richter als Repräsentant dieser Gruppe zu verstehen. Er kann unangefochten darüber entscheiden, was dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspricht, denn alle, die die überpositive Ordnung kennen und anerkennen, denken ja so wie er³. Es kommt demnach entscheidend darauf an, ob ein erkennbarer, übergesetzlicher Normenbereich existiert, mit dessen Hilfe die Frage nach den "guten Sitten" beantwortet werden kann.

a. Naturrecht

Zunächst soll dargestellt werden, wie unter Heranziehung naturrechtlicher Gedanken eine einheitliche Bestimmung der Sittenwidrigkeit vorgenommen wird. Dazu kann auf die Ausführungen von Arzt⁴ zurückgegriffen werden, der darauf hingewiesen hat, daß man bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches überwiegend der Meinung gewesen sei, das Gesetz nehme mit dem Begriff "gute Sitten"

¹ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 63, 150, spricht von Blankettformeln unter ausdrücklichem Hinweis auf §. 138 BGB.

² So Arzt, a.a.O., S. 30.

³ Vgl. Arzt, a.a.O., S. 30.

⁴ Arzt, a.a.O., S. 29 f.

auf die Ethik bzw. Sittlichkeit Bezug¹. Hinweise auf die Sittlichkeit, aus der Aufschluß über die Sittenwidrigkeit gewonnen werden solle, seien vielfach Ausdruck des Glaubens an eine religiöse Verankerung des Rechts, So stehe der Begriff Sittlichkeit für die "in unserem Rechtskreis geltende abendländisch-christliche Wertauffassung"². Schon in der Entstehungszeit des BGB heiße es in einem Kommissionsbericht zu Art. 30 EGBGB, daß "der Begriff ... der guten Sitten ein aus allgemein-gültiger Auffassung der Kulturvölker erwachsener sei"³. Die christliche Grundlage dieser gemeinsamen Auffassung wird auch heute noch anerkannt⁴. Sie kann über die Wertvorstellung der Richter in ihre Entscheidungen einfließen. Dafür sind die Urteile und Beschlüsse des BGH zur Sittenwidrigkeit von sog. "Mätressentestamenten" ein ausdrucksvolles Zeugnis. In ihnen wird zwar nicht ausdrücklich auf die abendländisch-christliche Weltanschauung⁵ Bezug genommen, wie es der BGH an anderer Stelle tut⁵, aber die Hinweise auf das

¹ Siehe auch Motive, Bd. I, S. 211; Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 168 f.; Hölder, AcP 73, 102 ff.; die andere Ansicht hat der Reichstagsabgeordnete Stadthagen artikuliert, der sich gegen das Durcheinander von guten Sitten und Sittlichkeit scharf verwahrte (Mugdan, Materialien, Bd. I, S. 1019).

² Arzt, a.a.O., S. 30.

³ Vgl. auch Materialien, Bd. I., S. 311.

⁴ So von Weinkauff, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland, S. 30.

⁵ BGH Urt. v. 14.7.1955, NJW 1955, 1287; Der BGH stellt fest, daß mit der "im abendländischen Kulturkreis herrschenden sittlichen Anschauung" auf die christliche Ethik Bezug genommen wird. Er führt aus: "Eine Schrift ... gefährdet Jugendliche dann sittlich, wenn sie ... in jungen Menschen den Aufbau der unserer christlich-abendländischen Weltanschauung und unserer staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung entsprechenden sittlichen Wertvorstellungen ... erschwert" Siehe auch BGH Urt. v. 29.4.1959, BGHZ 30, 140, 142.

Sittengesetz, die Sittenordnung und sittliche Maßstäbe mit den daraus gezogenen Werturteilen weisen auf denselben Standort hin¹.

Diese Auffassung ist von dem ehemaligen Präsidenten des Bundesgerichtshofes, Weinkauff², folgendermaßen beschrieben worden: "Ich glaube, daß es möglich ist, eine nicht sehr große Zahl grundlegender, klarer und schlechthin verbindlicher Rechtssätze aufzufinden, die sich aus der Personenhaftigkeit des Menschen und aus gewissen fundamentalen Ordnungsprinzipien des gesellschaftlichen Lebens ergeben. Man kann sie nicht mit streng logischer Evidenz beweisen, aber doch mit großer intuitiver Sicherheit ergreifen. Sie lassen sich letztlich nur r e l i g i ö s ³ begründen, wenn es auch möglich ist, ihnen annäherungsweise auch vom säkularen Bereich her nahezukommen."

Die Problematik einer derartigen Auffassung ist evident. Solange Einigkeit über die "abendländisch-christliche Wertvorstellung" bestand und man ihr allgemein zustimmte, waren Urteile gerechtfertigt, die letztlich auf ihr beruhten. Sie setzten jedoch, wie Arzt⁴ schreibt, eine "wertmäßig homogene Gruppe" voraus, die sich spätestens im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklung dieses Jahrhunderts aufgelöst hat. Heute, in einer pluralistischen Gesellschaft, in der die verschiedensten Wertvorstellungen vertreten und akzeptiert werden, erscheint die Fixierung auf eine von vielen möglichen Wertauffassungen untragbar. Es muß des-

¹ Vgl. S. 27 ff.

² Weinkauff, a.a.O., S. 30.

³ Hervorhebung vom Verf.

⁴ Arzt, a.a.O., S. 31.

halb als eine gewaltsame Maßnahme des Richters angesehen werden, wenn er z.B. über die "guten Sitten" allein nach christlicher Wertschau urteilt. Auf diese Art wird er von vornherein der schwierigen, aber notwendigen Aufgabe nicht gerecht, seine Entscheidung möglichst objektiv zu begründen¹. Ist das gemeinsame Werterleben einer Rechtsgemeinschaft verloren gegangen, darf ein Wertkonflikt nicht einfach durch den Rückgriff auf einen Naturrechtssatz gelöst werden, dessen Richtigkeit nicht beweisbar ist. Die "abendländisch-christliche Wertvorstellung" kann allein kein Maßstab für die Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe sein.

Das mag den BGH bei einem Urteil aus dem Jahre 1956² und das KG bei einem Beschluß aus dem Jahre 1967³ zur Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten" bewogen haben, vom Naturrechtsdenken abzurücken. Denn in beiden Fällen gehen die Gerichte nicht von einer absoluten, sondern wandelbaren Wertordnung aus, die von dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden getragen werden soll⁴.

Ausdrücklich hat der BGH an anderer Stelle der Pluralität der Werte Rechnung getragen. So in der grundlegenden Entscheidung zum Verbotsirrtum⁵,

¹ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 262.

² BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71 ff.

³ KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226 ff.

⁴ Vgl. dazu S. 29 f.

⁵ BGH Beschl. v. 18.3.1952, BGHSt 2, 194, 202.

und in einem Gutachten, das er für das Bundesverfassungsgericht erstellt hat¹: "Über die Tragweite nahezu aller Grundrechtsnormen werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Dem gleichen Schicksal unterliegen vor allem auch alle sog. Generalklauseln und Begriffe wie gute Sitten, Treu und Glauben, das Wohl der Allgemeinheit, die der Ausfüllung durch Wertvorstellungen bedürfen, die keinem völlig einheitlichen, objektiven Maßstab unterworfen werden können. Das ist zwar an sich in hohem Maße bedenklich, da es auf eine tiefliegende Unsicherheit und Zwiespältigkeit in den Grundfragen des Rechts hindeutet; es muß aber unter den gegenwärtigen Verhältnissen hingenommen werden. Die Forderung nach Rechtssicherheit kann auch in einem Rechtsstaat mit nahezu lückenloser positiver Gesetzgebung niemals vollkommen erfüllt werden, weil bei der Vielgestaltigkeit der Tatbestände stets Raum für richterliches Ermessen und richterliche Wertausfüllung von Generalklauseln verbleiben muß". Leider verschweigt das Gericht, in welchem Ausmaß es richterliches Ermessen für unabwendbar hält und wie es sich die richterliche Wertausfüllung von Generalklauseln vorstellt.

Nach alledem kann jedoch im Hinblick auf die Auslegung des Begriffs der "guten Sitten" festgestellt werden, daß bei den zur Zeit herrschenden unterschiedlichen Wertvorstellungen der unbegründete Rückgriff auf die absoluten Gebote der

¹ BGH Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. 34, 56.

Sittlichkeit kein annehmbarer Lösungsweg ist¹. Die heutige Wertunsicherheit verlangt von jedem Richter die Beweisbarkeit seiner Wertbehauptung. Gerade die vermittelt aber keine Naturrechtslehre, gleichgültig ob man unter der Seinsordnung, aus der das Naturrecht abgeleitet wird, die Schöpfungsordnung versteht wie das katholische Naturrecht, die Erhaltungsordnung wie das evangelische, die Natur des Menschen wie das rationalistische oder das Wesen des Seienden wie die Phänomenologen. Alle Naturrechtslehren gehen seit Aristoteles davon aus, man müsse das Naturgemäße von den Dingen ablesen, die sich in ihrem besten ("naturgemäßen") Zustand befinden, nicht von denen die verderbt sind². Sie scheitern allerdings daran, daß sie zunächst ihre Wertvorstellungen in die Dinge hineinlegen müssen, die sie hinterher als das "Natürliche" oder das "Unnatürliche" aus ihnen wieder herausholen³. In jedem Falle entnehmen sie der Natur der Sache das, was sie vorher - möglicherweise in Form eines Vorurteils - in sie

¹ Beispielhaft für ein derartiges Vorgehen ist die Entscheidung des BGH zum Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten. Apodiktisch bestimmt hier der BGH, was der Inhalt der Normen des Sittengesetzes ist, und stellt kategorisch fest, daß sie aus sich heraus gelten und daß deren starke Verbindlichkeit auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollensordnung beruhe und daher von der Anerkennung im Bewußtsein der Menschen unabhängig sei. BGH Beschl. v. 17.2.1954, BGHZ 6, 46 ff.

² Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 30 f., 240 f.

³ Welzel, a.a.O., S. 241 m.w.Nachw.

hineingelegt haben¹. Deshalb darf es nicht verwundern, daß beispielsweise Urteile über die Sit-
tenwidrigkeit von "Mätressentestamenten", die
im entscheidenden Punkt rein naturrechtlich be-
gründet werden, auf starken Widerspruch stoßen,
wenn in der Gesellschaft nach verschiedenen Wert-
vorstellungen gelebt wird.

b. Materiale Wertethik

Diese tatsächlichen Unterschiede können auch durch
wertphilosophische Erkenntnisse nicht überwunden
werden, die man "im fühlenden Verkehr mit der
Welt"², in natürlicher Einsicht und innerer Er-
kenntnis³ erlangt. Das gilt um so mehr, als selbst
die Begründer der materialen Wertethik, Max Sche-
ler und Nicolai Hartmann, über den Rang der Werte
gestritten und keine Einigkeit erzielt haben⁴.
Wenn der konsequente Wertphilosoph deshalb bei
der Situations-, Subjekts- und Geschichtsbezogen-
heit der Werturteile auf "allgemeine Schlichtbar-
keit" verzichtet und sich um das "soziale Ein-
heitsbedürfnis nicht kümmert"⁵, ist damit schon
der Beweis dafür erbracht, daß die materiale
Wertethik kein alleiniger Maßstab für die Konkre-

¹ Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesell-
schaftliche Auffassungen, S. 12; Zippelius, Das
Wesen des Rechts, S. 75 f.; vgl. dazu auch Dreier,
Zum Begriff der "Natur der Sache", S. 12 ff.;
Topitsch, Die Menschenrechte, JZ 1963, 2; Engisch,
Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechts-
wissenschaft unserer Zeit, S. 115; Klug, Der Lega-
litätsbegriff, S. 57; Ballweg, Zu einer Lehre von
der Natur der Sache, S. 15.

² Scheler, Der Formalismus in der Ethik und die
materiale Wertethik, S. 89.

³ von Hippel, Ernst, Mechanisches und moralisches
Rechtsdenken, S. 190.

⁴ Scheler, a.a.O., S. 125 ff., 130, räumt dem
höheren (z.B. dem religiösen), Hartmann, Ethik,
S. 254 ff., 601 ff., dem stärkeren (z.B. dem
vitalen) Wert den Vorrang ein.

⁵ Scheler, Schriften zur Soziologie und Weltan-
schauungslehre, S. 21 .

tisierung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe sein kann.

Bisher hat somit die Suche nach einem Maßstab für die richterliche Wertbildung, der von allen Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft angenommen werden kann, weil er beweisbar ist, zu keinem positiven Ergebnis geführt. Unabhängig von der Erkenntnismethode sind die Schwierigkeiten nicht bewältigt, die die Erkennbarkeit einer übergesetzlichen Wertordnung bietet.

3. Gesellschaftliche Auffassungen

Will man die Bewertung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe wegen der individuellen Beliebigkeit nicht maßstabslos dem Richter überlassen und sieht man ein, daß in einer pluralistischen Gesellschaft eine übergesetzliche Wertordnung von vielen kein Maßstab für die Rechtsprechung sein darf, erscheint es angebracht, sich auf die Aufgabe des Rechts zu besinnen, um von daher eine Lösung anzustreben.

Das Recht muß als Inbegriff der generellen Wertungen für das menschliche Zusammenleben verstanden werden¹. Es entsteht aus den Bedürfnissen des sozialen Lebens² und hat die Aufgabe, ein menschliches Zusammenleben in Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu ermöglichen³. Dieses Ziel wird nur dann erreicht, wenn das Recht durchsetzbar ist und von den Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft

¹ Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 128.

² Vgl. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 1.

³ Vgl. Radbruch, a.a.O., S. 180 f; **vgl. auch Rother zur Gerechtigkeitsfunktion des Zivilrechts (AcP 172, 513).**

anerkannt wird¹. Von daher mag man geneigt sein, allein das als Recht zu bezeichnen, was allgemeiner Rechtsüberzeugung entspricht², was nach gesellschaftlicher Auffassung rechtens ist. Eine derartige Forderung nach der Abhängigkeit des Rechts von den gesellschaftlichen Auffassungen übersähe aber, daß es dem Gesetzgeber auch in einem demokratischen Gemeinwesen vorbehalten bleiben muß, Rechtsnormen zu verabschieden, die der allgemeinen Rechtsüberzeugung zuwiderlaufen.

Davon ist in der Bundesrepublik mehrfach Gebrauch gemacht worden. So wurde durch Art. 102 GG die Todesstrafe abgeschafft, obwohl der Parlamentarische Rat aufgrund von Umfragen wußte, daß etwa 75 % der Bevölkerung diesen Schritt mißbilligten³. Eine solche Entscheidung erhält ihre Legitimation aus der sozialen Steuerungsfunktion einer entwickelten staatlichen Rechtsordnung. Sie ergeht in Übereinstimmung mit fundierten Rechtsgrundsätzen, die nach Larenz⁴ "gemeinsame Wurzeln in den religiösen Hochethiken der beiden christlichen Konfessionen, in gemeinsamer geschichtlicher Überlieferung und in bestimmten Erfahrungen" haben und die über den gesellschaftlichen status quo hinausweisen können. Die gesellschaftliche Wirklichkeit darf jedoch auch hierbei insofern nicht unberücksichtigt bleiben, als die andersdenkenden Bürger nur mit Regeln konfrontiert werden sollten, deren Anerkennung und Durchsetzbarkeit nicht von vornherein ausgeschlossen sind. Somit ergibt sich eine Ab-

¹ Vgl. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 148; Radbruch, a.a.O., S. 180 f.

² Vgl. Marschall von Bieberstein, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, S. 44 ff., 53; auch Maunz, Staatsrecht, S. 65.

³ Siehe dazu mit weiteren Beispielen Benda, Demokratie und Recht, JZ 1972, 498.

⁴ Larenz, Juristenjahrbuch, Bd. VII, S. 118.

hängigkeit des Rechts von den gesellschaftlichen Rechtsauffassungen¹, die allerdings zur Wahrung unverzichtbarer Rechtsgrundsätze durchbrochen werden kann.

Damit ist auch die Frage nach dem Maßstab für richterliche Wertentscheidungen beantwortet. Wenn das Recht weitgehend an gesellschaftliche Wertvorstellungen gebunden ist, gilt das ebenso für den Richter, der mit seiner Entscheidung das Recht finden soll. Die Gerichte müssen demnach bei der Auslegung von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen von den gesellschaftlichen Auffassungen ausgehen². Sie unterliegen dabei jedoch insofern einer wesentlichen Beschränkung, als sie sich nur von solchen Anschauungen leiten lassen dürfen, die nicht im Widerspruch zu fundierten allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen. Diese Schranke muß in jedem Falle beachtet werden. Sie resultiert aus der von Larenz postulierten "doppelten Hinweiskfunktion" der Generalklauseln³. Dieses dualistische System fordert bei der Auslegung von Generalklauseln sowohl die Berücksichtigung gesellschaftlicher Auffassungen als auch die Anwendung rechtlicher Bewertungsmaßstäbe⁴. Als solche sind allein die Wertungen des Grundgesetzes verbindlich, obwohl dadurch zunächst einmal nur die unbestimmten Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die der

¹ Vgl. dazu BVerfG Beschl. v. 16.6.1959, BVerfGE 9, 338, 349; Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S. 198 f.; Maunz-Düring-Herzog, Art. 20, Rdn. 73; Wertenbruch, Festschrift Hermann Jahrreiss, S. 497.

² Vgl. Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, S. 437.

³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 264; Larenz, Juristenjahrbuch, Bd. VII, S. 119; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, 215 (Lüth-Urteil).

⁴ Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 27.

Verfassung ersetzt werden. Dennoch führt dieser Schritt weiter, weil die Wertungen des Grundgesetzes nur herangezogen werden sollen, um gegebenenfalls gesellschaftliche Anschauungen zu begrenzen, die mit den für alle Staatsbürger verbindlichen Verfassungsentscheidungen nicht im Einklang stehen¹. In den Fällen, in denen über die Auslegung von Grundgesetznormen in Rechtsprechung und Lehre Einigkeit besteht, erscheint es legitim, widersprechende gesellschaftliche Auffassungen für unverbindlich zu erklären. Eine andere Beurteilung ist geboten, wenn es bei ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen der Verfassung keine gefestigte, unbestrittene Interpretation gibt. In diesen Fällen dürfen die gesellschaftlichen Anschauungen nicht außer acht gelassen werden. Sie nehmen jetzt ihrerseits eine Schrankenfunktion wahr und sind zur Konkretisierung heranzuziehen. - Erst wenn sich die Gerichte auf diesem Wege Klarheit über die Auslegung einer Verfassungsnorm verschafft haben, können sie im konkreten Falle entscheiden, inwieweit das Grundgesetz gesellschaftlichen Auffassungen entgegensteht².

Aus alledem ergibt sich, was die Rechtsprechung bei

¹ Larenz allerdings nimmt in seiner Methodenlehre (S. 264 f.) keine solch scharfe Trennung vor. Vgl. dazu auch die Kritik von Hirsch, E.E., Zu einer "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", JZ 1962, 333. Ramm behauptet sogar, daß "ausschließlich ein Verstoß gegen die im Grundgesetz enthaltenen Wertungen zur Nichtigkeit führen kann" und daß es neben dem Grundgesetz keinen Sittenverstoß gibt (Ramm, Allgemeiner Teil, Bd. II, G 452).

² In dem vorliegenden Zusammenhang erscheint es nicht notwendig, näher auf die Einwirkung des Grundrechtsteiles der Verfassung auf das Privatrecht einzugehen. (vgl. dazu u.a. m.w.Nachw. Maunz - Düring-Herzog, Art. 1 Abs. 3 GG, Anm. 127 ff.; Laufke, Festschrift Heinrich Lehmann, S. 145 ff.).

der Auslegung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe berücksichtigen muß. Sie ist gehalten, sich mit den gesellschaftlichen Auffassungen auseinanderzusetzen. Wie diese ermittelt werden können und wie sie in die Entscheidungen einfließen, ist allerdings noch zu klären. Das soll für die unbestritten einer sitten- und moralbezogenen Betrachtung zugänglichen Bereiche Intimleben, Familie und Sexualität versucht werden.

a. Sitte, Sittlichkeit und Recht

Zum Verständnis dieser speziellen Problematik erscheint zunächst eine Klärung der Begriffe "Sitte" und "gute Sitte" angebracht. Die Sitte ist zurückzuführen auf die Gewohnheit, die im Leben eines jeden Menschen eine wichtige Rolle spielt¹. Indem der Mensch auf wiederkehrende gleiche Situationen in jeweils gleicher Weise durch sein Handeln antwortet, spielen sich viele seiner Verhaltensweisen als typische Reaktionen ein². Über die ständige Übung erlangen sie den Charakter von Ordnungsnormen, die sich der einzelne in seinem privaten Lebensbereich selbst auferlegt hat und die ihn im Alltag seines Lebens leiten².

Tritt er in zwischenmenschliche Beziehungen ein, wird er mit der Gewohnheit der Gruppe, dem Brauch und der Sitte konfrontiert. Dabei bezeichnet man als Brauch eine soziale Gewohnheit, die mitzumachen freisteht, als Sitte eine solche, deren

¹ Vgl. Rehfeldt, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 12; Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 115.

² Henkel, a.a.O., S. 115.

Nichtbefolgung als ungehörig, unanständig und pflichtwidrig empfunden wird¹. Es werden soziale Reaktionen gegen den Zuwiderhandelnden hervorgerufen. Zu dem Merkmal der tatsächlichen Übung des Verhaltens tritt somit bei der Sitte ein andersgeartetes Element hinzu, das normative des der Übung entsprechenden Sich-Verhalten-Sollens, so daß von einer echten sozialen Normenordnung gesprochen werden kann². Wie gestern und immer gehandelt wurde, so ist auch heute zu handeln³. Sind die Sitten allein an ihrem fundamentalen Merkmal, der tatsächlichen Übung, zu messen⁴, so verlangt die Frage nach den guten Sitten, nach der Sittlichkeit, eine wertende Betrachtungsweise, denn Sittlichkeit ist Kritik der Sitten als gut oder böse. Sie fordert die gute Sitte⁵. Da es unterschiedliche Sphären der Sittlichkeit gibt, kann man der Kritik grundsätzlich drei Bewertungsmaßstäbe zugrunde legen: die autonome Sittlichkeit, die von der Idee des Guten als eines in sich wertvollen und deshalb zu Verwirklichenden ausgeht; die Hochethik der religiösen und weltanschaulichen Systeme, die sittliche Leitbilder mit absolutem Geltungsanspruch errichtet hat, die einfache Sittlichkeit der Sozialmoral, worunter der Inbegriff der sittlichen Verhaltensanforderungen zu verstehen ist, die von der Sozietät an ihre Mitglieder gestellt werden⁶.

¹ So Rehfeldt, a.a.O., S. 12.

² Vgl. Henkel, a.a.O., S. 117.

³ Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 120.

⁴ König, Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, S. 37.

⁵ So Rehfeldt, a.a.O., S. 28.

⁶ Nach Henkel, a.a.O., S. 129 ff.

In dem vorliegenden Zusammenhang geht es allein um das Problem, auf welchen der verschiedenen Bereiche der Sittlichkeit die rechtliche Verweisung auf die "guten Sitten" in § 138 Abs. 1 BGB hinzielt. Mit Hilfe der autonomen Sittlichkeit kann keine Entscheidung i.S. des § 138 Abs. 1 BGB herbeigeführt werden, weil sie sich ihrem Wesen nach in einem an den Einzelnen gerichteten kategorischen Imperativ erschöpft. Die jeweilige persönliche Bestimmung des sittlich Guten kann nicht zum Maßstab für alle Mitglieder einer Gesellschaft gemacht werden, ist doch die Gewissensreaktion des einzelnen auf die vielfältigen Situationen des Lebens selbst in grundlegenden sittlichen Fragen eine sehr unterschiedliche¹.

Auch die Systeme der religiösen und profanen Hochethik erweisen sich als unzulänglich zur Ableitung eines Entscheidungsmaßstabs. Das Nebeneinander mehrerer hochethischer Systeme in der modernen Massengesellschaft, in der ein Pluralismus der sittlichen Wert- und Zielsetzung herrscht, verhindert ein allgemeingültiges Urteil, das auf einem derartigen System beruht².

Als einziger relevanter Bereich bleibt die einfache Sittlichkeit der Sozialmoral. Die sich daraus ergebenden gegenwärtigen Moralauffassungen einer Gesellschaft sind heranzuziehen, um zu prüfen, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt oder nicht. Damit ist erneut klargestellt, daß der Beurteilungsmaßstab in der Gesellschaft selbst gesucht werden muß, nur wie das zu geschehen hat und wie die Ergebnisse

¹ Vgl. Henkel, a.a.O., S. 131.

² Vgl. Henkel, a.a.O., S. 133.

für die Entscheidung berücksichtigt werden müssen, bleibt offen¹.

b. Das konkretisierungsbedürftige Anstandsgefühl
aller billig und gerecht Denkenden

Häufig wird dieses Problem übersehen, weil man glaubt, man brauche an diesem Punkt nur noch auf das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden"² zu verweisen, auf die "sittliche Ordnung, so wie sie dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden gegenwärtig ist"³, auf die "anständigen und gesitteten Menschen"⁴, auf die "anständigen Leute"⁵, auf die allgemein anerkannten sittlichen Werturteile⁶ oder auf ähnliche von der Rechtsprechung angewandte Begriffe. Der Maßstab der Sozialmoral sei eben diejenige Beurteilung, die übereinstimmend von allen verständigen, sittlich verantwortlich fühlenden Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft zu erwarten sei.⁷ Darunter könne man dann den Sachverhalt ohne weiteres subsumieren und erhalte ein zweifelsfreies Urteil. Dieser Meinung war man auch bei den Beratungen der späteren §§ 826, 138 BGB, als zum ersten Mal die

¹ Vgl. S. 71 ff.

² Vgl. z.B. BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219, 220; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 377.

³ Vgl. z.B. BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 74; KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226, 227.

⁴ Vgl. z.B. BVerwG Urt. v. 23.2.1960, BVerwGE 10, 164, 168.

⁵ Vgl. z.B. BVerfG Urt. v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, 215.

⁶ Vgl. z.B. BVerfG Urt. v. 10.5.1957, BVerfGE 6, 389, 435.

⁷ Henkel, a.a.O., S. 148.

Anstandsformel benutzt wurde und man sie möglicherweise für geeignet hielt, als objektives Tatbestandsmerkmal subjektive Wertungen der Gerichte zu verhindern¹.

Dabei wurde allerdings übersehen, daß der Begriff "billig und gerecht denkend" ebenfalls unbestimmt ist und nur mit Hilfe einer Wertung konkretisiert werden kann². Aber viele derjenigen, die heute auf die Wertungsabhängigkeit hinweisen, versäumen es, zur Ermittlung gesellschaftlicher Auffassungen detailliert Stellung zu nehmen und überlassen es den Gerichten, die anstehenden Werturteile zu treffen³. Auf diese Art kann man subjektive Entscheidungen nicht vermeiden. Es reicht einfach nicht aus, wenn man wie Larenz die Wertung von der sozialen Erfahrung der Richter⁴ und von Fallvergleichung abhängig macht⁵. Genauso problemausweichend ist ein Ver-

¹ Dazu ausführlicher S. 7 ff.; siehe auch Motive, Bd. II, S. 727.

² Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, S. 42.

³ Vgl. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, S. 111 f.; Esser, Festschrift für Fritz von Hippel, S. 111; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 265.

⁴ Gerade die soziale Erfahrung der Richter wird durch neuere soziologische Untersuchungen über die Struktur der Richterschaft in Frage gestellt, weil die Richter einer Gesellschaft angehören, der die Auffassungen und Verhaltensweisen der Mehrheit der Bevölkerung in den unteren Gesellschaftsschichten fremd sind. Vgl. dazu Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung; Rasehorn, Was formt den Richter?; Dahrendorf, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten; Feest, Die Bundesrichter: Herkunft, Karriere und Selektion der juristischen Elite.; Richter, Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik.

⁵ Larenz, a.a.O., S. 266.

weis auf die befriedigenden Ergebnisse, die die bisherige Gerichtspraxis mit der Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" erzielt hat¹.

Deshalb verdient es besondere Beachtung, wenn Teubner² jüngst eine rechtssoziologische Interpretation der "guten Sitten" vorgeschlagen hat, um auf diesem Wege die bestehenden Unzulänglichkeiten bei der Präzisierung von Generalklauseln zu überwinden³. Es wird zu prüfen sein, inwieweit sein Lösungsansatz weiterhilft, ob dadurch das "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" bestimmt werden kann.

Das Festhalten an dieser Formulierung soll darauf hinweisen, daß nicht die Anstandsformel selbst und mit ihr die anderen inhaltsgleichen Definitionen verworfen werden, wenn sie auch alle einer objektiven Konkretisierung bedürfen. Das wird am Beispiel der Anstandsformel unternommen, weil ihr in Rechtsprechung und Lehre eine zentrale Funktion beim Beschreiben der "guten Sitten" zukommt. Sittenwidrigkeit i.S. des § 138 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn das betreffende Rechtsgeschäft "dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widerspricht.

c. Durchschnittswertung als Ergebnis demokratischer Wirklichkeit

Die Suche nach den "billig und gerecht Denkenden" ist gleichbedeutend mit dem Erforschen gesell-

¹ Henkel, a.a.O., S. 148.

² Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln.

³ Teubner, a.a.O., S. 9 ff.

schaftlicher Auffassungen. Aus ihnen muß letztlich ermittelt werden, welche Meinung die Voraussetzungen der Anstandsformel erfüllt und damit über die "guten Sitten" Auskunft gibt.

Die bisherigen Ausführungen verdeutlichen, daß es in einer pluralistischen Gesellschaft unzulässig ist, von vornherein nur auf die Auffassung bestimmter Bevölkerungsgruppen Rücksicht zu nehmen und so das Ergebnis zu präjudizieren. Das verbietet der Pluralismus, der "das gleichberechtigte, durch grundrechtliche Garantien geschützte Nebeneinanderexistieren und -wirken einer Mehrzahl sozialer Gruppen innerhalb einer staatlichen Gemeinschaft"¹ fordert. Schutzbedürftig sind allerdings nur die sozialen Gruppen, die sich gesetzmäßig, insbesondere verfassungstreu verhalten. Ihre Anschauungen verkörpern die gesamtgesellschaftlichen Auffassungen, die bei einer Entscheidung von Bedeutung sind.

Zu ihrer Ermittlung ist von dem Grundgedanken der Demokratie, dem "one man - one vote" auszugehen und jeder Meinung, so wie es die Volkssouveränität verlangt, das gleiche Gewicht beizulegen. Dazu ist die Beschränkung auf einen objektiv nicht näher bestimmten Personenkreis aufzuheben, die die Formulierung "aller billig und gerecht Denkenden" beinhaltet, und das Urteil aller Bürger zu berücksichtigen.

Dagegen kann zumindest für den hier in Frage stehenden Bereich nicht ernsthaft eingewandt werden, die Meinung des einzelnen brauche nicht berücksichtigt zu werden, weil die Demokratie nur eine

¹ So Sonthheimer, Pluralismus, in: Staat und Politik, S. 254.

Mitwirkung des Volkes in politischen Grundsatzfragen verlange¹. Gerade weil es um Wertfragen geht, die der Beurteilung des einzelnen unmittelbar zugänglich sind und wohl jeden einmal erfassen, ist kein Grund ersichtlich, warum der Meinung des einen mehr Gewicht zugemessen werden soll als der des anderen. Um die Richtigkeit dieser Aussage zu bestätigen, sei nur daran erinnert, daß gerade die elementarsten sittlichen Wertungen von der Verfassung getroffen sind und damit als politische Grundsatzfragen einmal der Majorität anheimgegeben waren, der Idee nach auch beim Grundgesetz².

Hat man auf der Basis der Gleichheit aller Stimmen ein Ergebnis ermittelt, wird man nur in seltenen Fällen, im Idealfall, eine weitgehende Übereinstimmung der Bevölkerung feststellen. Nur wenn das zutrifft, läßt sich daraus auf die Existenz subsistenter sozialer Normen schließen, die zu ermitteln und unter richterlicher Kontrolle zu rezipieren sind. In diesem Bereich haben die "guten Sitten" ihre ursprüngliche Funktion behalten. Sie verweisen auf außerrechtliche Ordnungsgefüge, deren theoretische Erfassung und empirische Analyse die Soziologie leisten kann³. Das

¹ Vgl. Arzt, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 65 ff.; vgl. auch Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 112 f.

² Vgl. aus der Präambel: "Hat das Deutsche Volk ... kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz ... beschlossen." Freilich hat sich hier der Grundsatz der Repräsentation so stark erwiesen, daß es nie zu einer Volksabstimmung gekommen ist.

³ Hirsch, E.E., Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, S. 45; Hirsch, E.E., Zu einer "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", JZ 1962, 333 f.; Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie, S. 12f.; Trappe, Die legitimen Forschungsbereiche der Rechtssoziologie, S. 13 ff.; Rehinder, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, S. 117; vgl. auch Rehinder, NJW 1966, 1550.

hat Teubner¹ für die Rezeptionsfunktion² der "guten Sitten" überzeugend dargestellt.

Die gesellschaftliche Wirklichkeit ist heute jedoch besonders für die Gebiete Intimleben, Familie und Sexualität durch eine Pluralität der Wertauffassungen geprägt. Von daher darf man nicht erwarten, daß eine weitaus überwiegende Mehrheit der Aktivbürger zu einem *sensus communis* gelangt, den die Gerichte entsprechenden Wertentscheidungen zugrunde legen können.³ Deshalb ist es bedenklich, wenn Formeln wie "herrschende Sozialmoral"⁴ oder "fundierte allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen"⁵ im Sinne einer nahezu ausschließlich verbreiteten Meinung verstanden werden, was zumindest vom Wortlaut her nahe liegt⁶.

¹ Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 65 ff.

² Der Funktionswandel der "guten Sitten" vom Standard zur Direktive war der Anlaß für Teubner, die "Gute-Sitten-Klauseln" nach drei Funktionen zu differenzieren:

1. Rezeptionsfunktion: Rezeption und Kontrolle sozialer Normen;
2. Transformationsfunktion: Richterliche Normbildung aus kollektiven Wertvorstellungen;
3. Delegationsfunktion: Übertragung rechtssetzender Tätigkeit auf den Richter - "Öffentliche Meinung" als informativer Faktor. Siehe dazu Teubner, a.a.O., S. 60 ff.

³ Zu diesem Ergebnis gelangt auch Rother, wenn er betont, eine überwiegende "Moralauffassung des anständigen Durchschnittsmenschen" sei in sexuellen Dingen leider kaum feststellbar. (AcP 172, 501).

⁴ Henkel, a.a.O., S. 148.

⁵ BVerfG Beschl. v. 16.6.1959, BVerfGE 9, 338, 349; vgl. auch Zippelius, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, S. 198 f.

⁶ Vgl. Birke, a.a.O., S. 44 f. m.w.Nachw.

Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, muß man sich von dem Gedanken befreien, bei der Ermittlung der Anschauungen des Volkes fände sich immer eine große Mehrheit für eine bestimmte Ansicht, von der die Gerichte ausgehen könnten. Gerade in den strittigen Fällen ist es wahrscheinlich, daß eine Inhomogenität der sozialen Wertungen konkret nachweisbar ist. Wenn das zutrifft, bleibt nur noch die Möglichkeit, nach einer "Durchschnittswertung" zu suchen, die aus den unterschiedlichen Wertvorstellungen gebildet wird und mit der sich eine breite Mehrheit zufriedengeben kann¹. Diese "kollektive Wertvorstellung" muß dann wesentlicher Entscheidungsmaßstab für die Gerichte sein.

Im Ergebnis neigen auch Lehre und Rechtsprechung dazu, von der Auffassung des Durchschnitts aller Aktivbürger auszugehen². So hat Heldrich³ erst kürzlich gerade im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" betont, der Richter müsse festzustellen versuchen, welches die gegenwärtige Moralauffassung eines anständigen Durchschnittsmenschen sei. Es müsse der sittliche Durchschnittsmaßstab ermittelt werden. Man geht grundsätzlich von der Vorstellung aus, daß sich laxe und strenge Ansichten gleichrangig gegenüberstehen und für den Richter die mittlere Linie maßgebend sein muß⁴. Es kann eben nicht

¹ Das erscheint auch durch die von Teubner skizzierten Homogenisierungstendenzen in der heutigen Gesellschaft gerechtfertigt (a.a.O., S. 100 f.) Im übrigen hat Teubner den hier in Frage stehenden Bereich der "Transformationsfunktion" der "guten Sitten" nur cursorisch behandelt. Eine konkrete Lösung des vorliegenden Problems bietet er nicht an (Teubner, a.a.O., S. 65, 99 ff.).

² Vgl. Birke, a.a.O., S. 45; Rother, AcP 172, 502.

³ Heldrich, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB-Erbrecht, S. 34.

⁴ Vgl. Arzt, a.a.O., S. 47.

entscheidend sein, wie ein Mann von "vornehmer" Denkart und verfeinertem Anstandsgefühl handelt oder nicht handelt, wie andererseits auch laxe Anschauungen und Gepflogenheiten dem Handelnden nicht zur Entschuldigung dienen können. Vielmehr ist bei der Prüfung der Frage, ob eine gewisse Handlungsweise gegen die guten Sitten verstößt, ein allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab anzulegen¹.

Die Gleichsetzung des allgemeinen mit dem durchschnittlichen Maßstab läßt darauf schließen, daß auch diejenigen, die eine allgemeine oder herrschende gesellschaftliche Anschauung als Maßstab bezeichnen², sich unbewußt von der Vorstellung des Durchschnittsbürgers leiten lassen. Das gilt besonders dann, wenn beide Maßstäbe nebeneinander verwendet werden, was nicht nur in der Rechtsprechung³ und den ihr folgenden Kommentaren⁴, sondern auch in der Lehre geschieht⁵.

Demnach muß jeder Durchschnittswertung eine Moralauffassung zugrunde liegen, die von einer überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung akzeptiert werden kann.

¹ So RG Urt. v. 1.6.1904, RGZ 58, 214, 217; vgl. weiter RG Urt. v. 16.10.1903, RGZ 55, 367, 372 f.; BGH Urt. v. 9.7.1953, BGHZ 10, 228, 232; Staudinger-Coing, § 138 Rdn. 5; **Rother, AcP 172, 501 f.**

² Vgl. S. 83 f.

³ BGH Urt. v. 22.2.1957, BGHZ 23, 365, 372 f.

⁴ RGRK-Krüger-Nieland, § 138, Anm. 1, 2; Erman-Drees, § 826, Anm. 2 a.

⁵ Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 1165; Mikat, Festschrift Hans Carl Nipperdey, Band I, S. 592; vgl. auch Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, S. 80, wo "allgemeine Anschauungen" und Auffassungen der "Mehrzahl" nebeneinandergestellt sind.

d. Ermittlung gesellschaftlicher Auffassungen

Damit ist die eigentliche Problematik jedoch noch nicht gelöst. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, wie die Durchschnittsauffassung der Gesellschaft festgestellt wird.

Diese Frage hat Walter Jellinek schon 1913 in seiner grundlegenden Analyse der Gesetzesanwendung zu beantworten versucht. Er hat die durchschnittliche Auffassung der Gesellschaft oder den Normalmenschen herangezogen, um unbestimmte Begriffe in bestimmte zu verwandeln¹. Danach hat der Jurist "als Kulturhistoriker" die maßgeblichen gesellschaftlichen Auffassungen zu ermitteln, indem "er schätzungsweise den Durchschnitt" zieht². Jellinek meinte zwar, der Jurist werde bei aller Freiheit des Augenmaßes nicht schöpferisch tätig, sondern stelle nur fest, was ist². Dabei entscheide der Richter nicht nach individueller, sondern nach gesellschaftlicher Auffassung³. Jellinek muß sich aber entgegen halten lassen, daß er dieses Ziel nur unvollkommen erreicht, wenn er es dem Richter zubilligt, "seine eigenen Anschauungen in die Wagschale zu werfen"⁴. Dadurch fällt der individuellen Einstellung des Richters ein entscheidendes Gewicht zu, das einer möglichst objektiven Ermittlung der Durchschnittsauffassung im Wege stehen kann.

¹ Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 38 f., 47, 49, 57, 62 ff., 67, 70 ff., 74 f., 172, 341 f.

² Jellinek, a.a.O., S. 171.

³ Jellinek, a.a.O., S. 172.

⁴ Jellinek, a.a.O., S. 171.

Das Ziel dieser Ausführungen ist es jedoch, den Gerichten einen Konkretisierungsmaßstab zu geben, der wesentlich auf den gesellschaftlichen Anschauungen beruht. Zu ihrer Feststellung ist es unerlässlich, vom demokratischen Prinzip auszugehen; d.h. am Anfang muß eine Ermittlung stehen, die auf der Gleichheit der Stimmen aller Aktivbürger beruht. Dafür reicht ein schätzungsweiser Durchschnitt, wie ihn Jellinek fordert, nicht aus¹. Um den strengeren Anforderungen zu genügen, bieten sich grundsätzlich drei Möglichkeiten an, die gesellschaftlichen Auffassungen festzustellen: durch eine Volksbefragung, durch eine Parlamentsentscheidung oder durch empirische Sozialforschung.

aa. Ermittlung durch Volksbefragung

Davon fällt bei näherer Betrachtung ein Referendum von vornherein aus, weil es sich als ein zu aufwendiges und zu wenig subtiles Instrument erweist². Diese Meinung wird durch das Grundgesetz bestätigt, in dem ein Volksentscheid nur für den Fall der Neugliederung des Bundesgebietes vorgesehen ist (Art. 29, 118 GG). Eine Volksabstimmung ist allenfalls ein sinnvolles Mittel zur Entscheidung von Grundfragen, wobei die Bevölkerung immer nur über eine ihr gestellte Alternative abstimmen kann³. Es ist zwar möglich, dem Abstimmenden für den Fall, der Bejahung bzw. der Verneinung der ersten Frage noch eine weitere

¹ Jellinek, a.a.O., S. 171.

² Birke, a.a.O., S. 52.

³ Vgl. Schneider, Gedächtnisschrift Walter Jellinek, S. 164 f., 169.

Alternative zur Entscheidung zu unterbreiten, aber eine weitergehende Untergliederung der Fragen ist bei Volksabstimmungen nicht üblich. Eine hier angestrebte Ermittlung der gesellschaftlichen Auffassung über die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" verlangt jedoch wegen der großen Fallunterschiede eine differenziertere Fragestellung, als sie bei Volksbefragungen möglich ist.

bb) Ermittlung durch Parlamentsentscheidung

Es erscheint auch fraglich, ob die gesellschaftlichen Anschauungen aus der Mitte des Parlaments ermittelt werden können. Dann müssen sich in den Auffassungen der Abgeordneten die Anschauungen der Gesellschaft widerspiegeln. Sollten daran Zweifel bestehen, hilft der Gedanke der Repräsentation, um eine entsprechende Ermittlung mit der Stellung der Abgeordneten als Vertreter des Volkes zu rechtfertigen.

Gegen die Einschaltung des Parlaments spricht zunächst einmal der formale Gesichtspunkt, daß das Grundgesetz keine derartige Zuständigkeit begründet. Außerdem erhielte die Legislative dadurch praktische Aufgaben zurück, die sie durch Gesetze mit wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen und Generalklauseln der dritten Gewalt zugewiesen hat. Widerspricht man dem mit der Begründung, der Gesetzgeber habe nur die gesellschaftlichen Auffassungen festzustellen, die endgültige Entscheidung bleibe aber bei den Gerichten, degradiert man das Parlament zum Entscheidungshilfeorgan für die Rechtsprechung. Das führt zu einer Verschleierung der eigentlichen Aufgaben der beiden Staatsgewalten. Mit der gesetzgeberischen Tätigkeit des Parlaments ist es unvereinbar, wenn

es daneben noch von den Gerichten angegangen werden kann, gesellschaftliche Anschauungen zu ermitteln, die die Gerichte unter Umständen in ihren Entscheidungen wieder verwerfen. Wenn man das Parlament schon zu einer Stellungnahme zwingt, dann muß die Antwort legislativen Charakter mit Bindungswirkung für die dritte Gewalt haben. Gerade das ist aber nicht erwünscht, weil damit die unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe und Generalklauseln eine bestimmte festgelegte Bedeutung erlangen und das kodifizierte Recht nicht mehr flexibel ist. Ganz abgesehen davon, daß die Einschaltung des Parlaments zur Ermittlung gesellschaftlicher Auffassungen wegen der großen Zahl der anstehenden Entscheidungen zu einer Überbelastung des Gesetzgebungsorgans auf Kosten der legislativen Tätigkeit führt, wenn nicht gar eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der Parlamentsfunktionen verhindert. Deshalb ist auch der Lösungsweg nicht gangbar, gesellschaftliche Anschauungen aus der Mitte des Parlaments zu ermitteln.

cc) Ermittlung durch empirische Sozialforschung

Als einzige Möglichkeit von praktischer Relevanz bleibt die empirische Sozialforschung übrig, mit deren Hilfe das gesteckte Ziel anzustreben ist. Von den einzelnen Untersuchungsmethoden muß hier die Umfrageforschung (Demoskopie) gewählt werden, das derzeit wichtigste Instrument der empirischen Sozialforschung¹.

Dazu gehören im einzelnen erstens Beobachtung und Befragung, um Information zum Untersuchungs-

¹ Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 315; Scheuch, Das Interview in der Sozialforschung, S. 136.

gegenstand zu sammeln ("Feldarbeit"), wobei in den meisten Fällen Fragebogen zur Systematisierung benutzt werden. Daneben tritt - zweitens - die Q u a n t i f i z i e r u n g, die Maßstäbe entwickelt, um das, was untersucht werden soll, zahlenmäßig greifbar zu machen, und zwar sowohl im Interesse der übersichtlichen Darstellung wie der Objektivierung der Aussagen. Drittens kommt zum Wahrnehmen und Quantifizieren die a n a l y t i s c h e Verarbeitung und Interpretation der Daten hinzu. Das Ziel der Analyse ist die Entdeckung von kausalen Regelmäßigkeiten und Zusammenhängen, der Versuch, über die bloße Beschreibung der Verhältnisse hinaus zu ihrer Erklärung zu gelangen, und das heißt zugleich zu ihrer Beeinflussbarkeit und zur Prognose¹. Letztlich - viertens - macht sich die Demoskopie die Wahrscheinlichkeitstheorie zunutze durch Untersuchung von S t i c h p r o b e n anstelle möglichst großer Massen².

Ausgehend von dem Interview, in dem Versuchspersonen durch eine Reihe gezielter Fragen zu verbalen Informationen veranlaßt werden, die Aufschluß über ihre Auffassungen zu bestimmten Problemen geben³, begründet die Demoskopie ihre Ergebnisse mit der Gleichheit der Aussagen eines statistisch repräsentativen Bevölkerungsquerschnitts und der Gesamtbevölkerung⁴. Sie kann nur ernst genommen werden, wenn sie die Richtigkeit der repräsentativen Testbefragung von einigen hundert oder tausend Befragten mathematisch und empirisch nachweisen kann. Dazu bedient sie

¹ Noelle-Neumann, a.a.O., S. 317.

² Nach Noelle-Neumann, a.a.O., S. 315 ff.

³ Scheuch, a.a.O., S. 138.

⁴ Schneider, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 167.

sich der mathematischen Statistik (Gesetz der großen Zahl) und grundsätzlich zweier Methoden zur Bildung eines repräsentativen Querschnitts¹. Die eine, die Random-Methode, ist ein "zufallgesteuertes" Auswahlverfahren, das dem Wahrscheinlichkeitstheoretischen Modell möglichst nahe kommt, während die andere, die Quotenmethode, eine Auswahl mit Hilfe von Quoten trifft, die dem Interviewer vorschreiben, wieviel Personen er aus verschiedenen Bevölkerungsgruppen zu befragen hat². Die Wahrscheinlichkeitsrechnung ermöglicht innerhalb eines zu berechnenden Schwankungsbereichs den Schluß von dem befragten Querschnitt auf das Ganze, und die Auswahlverfahren gewährleisten, daß z.B. der befragte Kreis so zusammengesetzt ist wie die Gruppe, über die Aufschluß gewonnen werden soll³.

Schon aus diesen überblickartigen Ausführungen zur Umfrageforschung wird deutlich, daß eine wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Meinungsumfrage den Apparat eines ganzen Instituts verlangt, über den nur die wirtschaftlich ausgerichteten Demoskopie-Unternehmen in der Bundesrepublik verfügen. Für den einzelnen ist eine demoskopische Umfrage nicht durchführbar⁴. Deshalb soll auch

¹ Noelle-Neumann, Schramm, Umfrageforschung in der Rechtspraxis, GRUR 1958, S. 120 f.

² Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 114.

³ Noelle-Neumann, Schramm, GRUR 1958, S. 121.

⁴ Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 8; vgl. auch Hirsch, der betont, daß die Rechtssoziologie nur dann ihre Funktion erfüllt, wenn ihre Erkenntnisse wissenschaftlich belegbar sind. Eine von nur einer Person durchgeführte Meinungsumfrage würde diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Das entspräche nach Hirsch der "Kurpfuscherei" der Gesundheitspflege. (Hirsch E.E., Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, S. 47).

in diesem Rahmen nicht detailliert dargelegt werden, welche Punkte bei einer exakt angelegten Meinungsumfrage berücksichtigt werden müssen. Es werden allerdings immer wieder Bedenken laut, ob durch eine derartige Meinungsumfrage gesellschaftliche Auffassungen überhaupt zweifelsfrei ermittelt werden können. So weist Luhmann darauf hin, daß bei demoskopischen Umfragen nicht Meinungen, sondern Antworten erhoben werden¹, die wesentlich von der Fragestellung abhängen. Es können also gerade bei Wertentscheidungen durch parteiische Fragestellungen entsprechende gewollte Antworten präjudiziert werden. Dieses Problem hat auch Benda in seinem Vortrag "Demoskopie und Recht" zum 25jährigen Bestehen des Instituts für Demoskopie Allensbach am 6. Juni 1972 angesprochen und daraus die Folgerung gezogen, die demoskopische Wissenschaft möge sich um verbindliche methodische Regeln bemühen, die es ermöglichen, Umfragen streng objektiv ohne den geringsten Schein einer Parteinahme durchzuführen². Wenn es auch zweifelhaft erscheint, ob dieses Ziel erreicht werden kann, darf daraus jedoch nicht auf die Wertlosigkeit von Meinungsumfragen zur Ermittlung gesellschaftlicher Anschauungen geschlossen werden. Diesen Umständen ist aber Rechnung zu tragen, wenn es gilt, die Bedeutung solcher Umfragen für die Entscheidungen der Gerichte zu würdigen.

So wird gegen die empirische Sozialforschung der Einwand erhoben, die Umfrageergebnisse unterlägen häufig der Gefahr der Verfälschung. Nach Arzt³ wird immer eindringlicher "vor der großen Anfälligkeit der Öffentlichkeit" gegenüber der Propaganda eng umrissener Kreise, die im Zeichen der

¹ Luhmann, Rechtssoziologie 1, S. 5.

² Benda, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 499.

³ Arzt, a.a.O., S. 57.

Massenunterrichtungsmittel Presse, Funk und Film totale Folgen haben kann, gewarnt. Zwar ist nicht zu leugnen, daß die Bevölkerung der Manipulation durch die Massenmedien ausgesetzt ist. Daraus darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, die Gesellschaft nicht mehr zu befragen, wenn ihr Urteil notwendig ist. Im Einzelfall sollten jedoch nicht erste gefühlsmäßige Reaktionen unter massenpsychologischen Einflüssen oder sonst verfälschte und unüberlegte Meinungen, zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden¹. Abzustellen ist auf die Meinung, die der Staatsbürger abgibt, der sich in einer Situation befindet, in der die äußeren Voraussetzungen für ein selbständiges Urteil und eine distanzierte Abwägung des Für und Wider sowie der Auswirkungen der Entscheidung vorliegen und der deshalb in der Lage ist, sein Urteil nach bestem Wissen und Gewissen zu fällen². Der empirischen Sozialforschung ist es durchaus möglich, dieses Ziel durch die Wahl des Zeitpunktes sowie des Ortes für ein Interview und vor allem durch die Fragestellung zu erreichen. Im übrigen sei zur Rechtfertigung demoskopischer Umfragen, durch die gesellschaftliche Auffassungen ermittelt werden sollen, darauf verwiesen, daß keine Wahl in einem demokratischen Staat von den Einflüssen der Massenpropaganda frei ist und die Gefahr der Entstellung und Verzerrung der Volksmeinung nicht ausgeschlossen werden kann.

Ein anderes Problem stellt sich mit den mangelnden

¹ Davon geht Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 111 f., aus. Richtig: Erman-Drees, § 826 Anm. 2 a.

² So Birke, a.a.O., S. 48. Gegen eine Überbewertung propagandistischen Einflusses wendet sich Carl J. Friedrich in Festschrift Fritz von Hippel, S. 141 ff.

intellektuellen Fähigkeiten vieler Bürger, abstrakte Fragen zu beantworten¹. Aber auch hier ist die Umfrageforschung zumindest für die in Frage stehenden Bereiche Intimleben, Familie und Sexualität in der Lage, durch eine entsprechende Gestaltung des Fragebogens die Meinung der Befragten herauszuarbeiten². Dazu unterscheidet die Demoskopie zwischen der Programm- oder Beweisfrage, also dem Untersuchungsziel und den Testfragen, die dem einzelnen tatsächlich gestellt werden². Diese müssen für jeden Interviewten verständlich sein, was durch ein Anknüpfen an konkrete Beispiele erreicht werden kann, wobei allerdings Ausschmückungen, die die Befragten beeinflussen, zu vermeiden sind³. Weiterhin ist bei dem Entwurf des Fragebogens darauf zu achten, daß durch die Formulierung⁴ und die Reihenfolge⁵ der Fragen das Ergebnis nicht präjudiziert wird. Das gilt besonders für die Reihenfolge, weil Vorfragen den Interviewten ermüden, in eine bestimmte Rolle drängen oder auf einen bestimmten Gedankengang festlegen können⁵. Die für ein

¹ So weist Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 161 darauf hin, daß die Mehrzahl der Menschen "nur in konkreten Elementen zu denken vermag".

² Vgl. Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 54 ff.; auch Noelle-Neumann und Schramm, GRUR 1958, S. 121 f.

³ Wie beeinflusbar die Meinung eines Menschen sein kann, zeigt Engisch an dem Beispiel eines ärztlichen Heileingriffs ohne Einwilligung des Patienten, bei dem viele ihr Urteil vom Erfolg des Eingriffs abhängig machen werden. (Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, S. 139 f.).

⁴ Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 111; Tetzner, Demoskopische Gutachten als Beweismittel, JZ 1965, 126 ff.; vgl. weiter die Beispiele bei Noelle-Neumann, Umfragen in der Massengesellschaft, S. 86.

⁵ Dazu Noelle-Neumann, a.a.O., S. 80 ff.; vgl. auch Scheuch, Artikel "Meinungsforschung" in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, S. 280 f.

selbständiges Werturteil des Befragten erforderliche sachliche Aufklärung über den Streitstand muß so objektiv gestaltet werden, daß der Befragte nicht aus Nachgiebigkeit gegen den Interviewer die Frage unwahr beantwortet¹. Antworten, bei denen der Befragte seine wahre Meinung verbirgt, müssen durch Zwischenfragen festgestellt und bei der Auswertung ausgeschieden werden².

Wie wichtig eine sachgerechte Vorbereitung von Umfragen ist, mag an einem Beispiel verdeutlicht werden. Geht es um die Lösung des vorliegenden Problems, nämlich um die Konkretisierung des wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffs der "guten Sitten", ist jede Befragung sinnlos, die den Unterschied nicht berücksichtigt, der zwischen der bloßen Mißbilligung eines Verhaltens und der Wertung als sittenwidrig besteht³. Es hängt also entscheidend von der Gestaltung des Fragebogens ab, ob der einzelne Befragte durch das Interview zu einer selbständigen und überlegten Antwort gelangt, die seinen eigentlichen Vorstellungen zu dem Problemkreis entspricht, und ob der Umfragezweck erreicht wird.

Neben diesen grundsätzlichen Bedenken dürfen auch mögliche Unzulänglichkeiten bei dem Personal der Meinungsforschungsinstitute nicht überbewertet werden. Eine bewußte Fälschung von Resultaten scheint angesichts der großen Mitarbeiterzahlen praktisch ausgeschlossen zu sein⁴. Voreingenommenheiten und andere menschliche Unzulänglichkeiten der Interviewer lassen sich durch

¹ Diese Gefahr sieht Noelle-Neumann, a.a.O., S. 51 f.

² So Birke, a.a.O., S. 55.

³ Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 13.10.1954, JZ 1955, 272, 275 (Mensuren-Urteil); hier hat das Gericht den Unterschied besonders klar herausgearbeitet.

⁴ So Scheuch, Drei Fragen an die Demoskopien, S. 7.

deren sorgfältige Auswahl und Überprüfung sowie durch die große Zahl der eingesetzten Interviewer weitgehend ausräumen und ausgleichen¹. Bleiben dennoch Zweifel bestehen, kann durch eine zweite Meinungsumfrage geprüft werden, ob sie begründet sind oder nicht. Denn der große Vorzug von demoskopischen Umfragen liegt in ihrer Standardisierung und Wiederholbarkeit. Dabei soll jedoch nicht übersehen werden, daß es sich hierbei wegen der hohen Kosten, die eine Meinungsumfrage verursacht, mehr um eine theoretische als um eine praktische Maßnahme handelt.

Letztlich sind noch verfassungsrechtliche oder zumindest verfassungspolitische Bedenken zu erwähnen, die möglicherweise einer Verwertung demoskopisch ermittelter gesellschaftlicher Auffassungen durch die Rechtsprechung entgegenstehen. Betonen die einen, die Umfrageforscher, die Demoskopie sei hervorragend geeignet, die demokratische Komponente unserer Verfassungsordnung zu stärken, so meinen die anderen, meist Politikwissenschaftler, die Demoskopie berühre die Grundsätze der repräsentativen Demokratie². Diesen Problemkreis hat Benda in seinem oben erwähnten Vortrag ausführlich behandelt. Für das vorliegende Thema sei darauf hingewiesen, daß der Gewaltenteilungsgrundsatz auch nach Meinung des Verfassers formal nicht verletzt wird, wenn Umfrageergebnissen keine rechtlich-bindende Wirkung beigelegt wird. So lange die Gerichte letztlich entscheiden, ob z.B. ein Verhalten als sittenwidrig zu qualifizieren ist oder nicht, ist die dritte Gewalt in ihrem Tätigkeitsbereich hinreichend geschützt. Auch materiell liegt kein Verstoß gegen unsere demokratische Staatsordnung vor, wenn Umfrageergebnisse

¹ Vgl. Noelle-Neumann, a.a.O., S. 42; 164 ff.

² Benda, Demoskopie und Recht, JZ 1972, 499 m.w.Nach. Nach Noelle-Neumann, a.a.O., S. 193, werden für eine allgemeine Bevölkerungsumfrage mit 2.000 Interviews 200-300 Interviewer eingesetzt.

durch die Rechtsprechung berücksichtigt werden. Dadurch kann nach Benda¹ vielmehr eine gewisse direkt-demokratische Komponente in unsere Verfassungswirklichkeit eingeführt werden, die der repräsentativen Demokratie nicht schädlich, sondern förderlich ist.

Somit ergibt sich insgesamt, daß die empirische Sozialforschung berufen ist, gesellschaftliche Auffassungen unter Berücksichtigung der Gleichheit der Stimmen aller Aktivbürger zu ermitteln.

e) Ermittlung der Durchschnittswertung

aa) Berücksichtigung der Ergebnisse der empirischen Sozialforschung

Aus einem derartigen Ermittlungsergebnis ist nun die gesuchte Durchschnittswertung abzuleiten. Das wäre möglich, wenn sich aus einer demoskopischen Umfrage unmittelbar eine überwiegend vertretene Auffassung herauslesen ließe, aus der man auf die Existenz einer sozialen Norm schließen könnte. Der Inhalt dieser Norm entspräche dann der Durchschnittsauffassung und könnte in dem oben vorgeschlagenen Sinne unter richterlicher Kontrolle rezipiert werden².

In der differenzierten Gesellschaft der Gegenwart, in der die Wertvorstellungen zu verschieden und widersprechend sind³, wird es jedoch kaum vorkommen, daß auf festgefügte soziale Normen zurückgegriffen werden kann. Es bleibt dann nur die

¹ Benda, a.a.O., S. 500.

² Siehe oben S. 82 f.; Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 116 f.

³ Vgl. S.83.; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 428; Schreiber, Die Geltung von Rechtsnormen, S. 136; Baur, Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 196.

Möglichkeit, die Durchschnittsauffassung unter Berücksichtigung der verschiedenen, sich widersprechenden kollektiven Wertvorstellungen zu suchen.

Dieses Ziel glaubt Birke¹ auf konstruktivem Wege erreichen zu können. Er schlägt in Anlehnung an § 196 GVG folgende Lösung vor: "Wenn sich diametral entgegengesetzte Meinungen gegenüberstehen, muß man die überwiegend vertretene als Durchschnittswertung akzeptieren. Bestehen mehr als zwei Meinungen, so muß man entsprechend § 196 Abs. 2 und 3 GVG die für die extreme (im Strafrecht: dem Beschuldigten nachteiligste, bei Summen: die für die größte Summe) ermittelten Stimmenzahlen den Zahlen für die weniger extreme so lange hinzufügen, bis sich eine Mehrheit bildet." Danach kann die Durchschnittswertung durch einfache Rechenoperationen ermittelt werden. Diese Methode versagt nur in dem praktisch so gut wie nie vorkommenden Fall, daß sich zwei genau gleichstarke Meinungen gegenüberstehen, sonst liefert sie immer ein Ergebnis.

Es ist allerdings sehr fraglich, ob die so gewonnene Durchschnittswertung eine Entscheidungsgrundlage für die Gerichte sein kann. Grundsätzliche Bedenken bestehen hinsichtlich der demokratischen Legitimation eines solchen Verfahrens, das nach Teubner² auf einem "plebiszitären Mißverständnis" beruht, weil der sozialpsychologische Begriff der öffentlichen Meinung mit dem klassisch-liberalen Begriff nicht gleichgesetzt werden kann. "Es fehlt die typische Genesis einer öffentlichen Meinung, die durch drei Elemente geprägt ist: Information, Diskussion, Rückkoppelung."³ Im Hin-

¹ Birke, a.a.O., S. 50.

² Teubner, a.a.O., S. 112.

³ Teubner, a.a.O., S. 113, Fußnote 340 m.w.Nachw.

blick auf diese weitgehend, selbst von den Vertretern der Demoskopie¹, gebilligte Argumentation erscheint es kaum vertretbar, dem Vorschlag Birkes zu folgen.

Es kommt hinzu, daß sich aus dem Gesichtspunkt der Demokratie noch weitere Bedenken gegen seine Prämisse ergeben, bereits eine von der absoluten Mehrheit vertretene Meinung sei als Durchschnittsauffassung anzuerkennen. Das entspricht formal dem demokratischen Prinzip, wonach die Mehrheit Recht setzt². Es ist jedoch unbestritten, daß der Begriff Demokratie mehr beinhaltet als eine uneingeschränkte Herrschaft der Zahl. Es gibt kein unbedingtes Demokratiegebot, jede Allmacht der Mehrheit hinzunehmen. Würde man letzteres vorbehaltlos anerkennen, setzte man sich schutzlos der Gefahr aus, daß eine Mehrheit der entsprechenden Minderheit rücksichtslos ihren Willen aufzwingen könnte. Das Mehrheitsprinzip allein darf deshalb nicht den Wesensgehalt der Demokratie ausfüllen. Der Gedanke, daß eine Meinung, die von 50% der Gesamtbevölkerung plus einer Stimme vertreten wird, als absolut herrschend anzusehen ist und ihr unbedingt gefolgt werden muß, ist demokratischem Denken ebenso unerträglich wie der, daß eine Meinung von 50% minus einer Stimme entscheidend ist³. Deshalb ist nach Laun⁴ neben dem Mehrheitsprinzip noch etwas anderes wesensbestimmend für die Demokratie, nämlich: "Die möglichste Freiheit aller, jedes einzelnen, die sich mit der Sicherheit des guten Funktionierens des Staatsapparates vereinbaren läßt. Das Mehrheitsprinzip kann nicht Selbstzweck sein, sondern der oberste Zweck aller Demokratie ist Freiheit, und zwar zuerst die möglich-

¹ Teubner, a.a.O., S. 113, Fußnote 341 m.w.Nachw.

² Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 60 ff.

³ Vgl. Laun, Gedächtnisschrift Walter Jellinek, S. 191 f.

⁴ Laun, a.a.O., S. 192.

ste Freiheit aller, und dann erst die Freiheit der Mehrheit, zu regieren".

Dem entspricht auch die bemerkenswerte Abkehr vom Gesetzespositivismus, die das Grundgesetz in Art. 79 Abs. 3¹ vollzogen hat. An die Stelle einer relativistischen wertfreien Demokratie - verstanden als bloßes Funktionierensprinzip, in das materiell alle Inhalte eingehen können - ist die wertgebundene Demokratie getreten². Die Aussage, jede Rechtsnorm, die im Gesetzgebungsverfahren mit absoluter Mehrheit verabschiedet und in Kraft getreten ist, sei unabhängig von ihrem Inhalt gültig, erfährt dadurch eine wesentliche Einschränkung.

Aus alledem ist der Schluß zu ziehen, daß eine verbindliche Durchschnittswertung nicht auf konstruktivem Wege aus Umfrageergebnissen gewonnen werden kann³. Damit stellt sich das Problem, auf welchem Wege die Gerichte die gesellschaftlichen Auffassungen zum Maßstab ihrer Entscheidungen machen können, wenn eine vorgeschriebene Bindung an ein Ermittlungsergebnis entfällt. Die Richter sind dabei in der Situation, daß sie Umfrageergebnisse vorliegen haben, die auf verschiedene, sich widersprechende Auffassungen in der Gesellschaft hinweisen. In dieser Lage bleibt ihnen nur die Möglichkeit, die Durchschnittswertung in eigener Verantwortung unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Auffassungen

¹ Art. 79 Abs. 3 GG: Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

² Vgl. Maunz-Düring, Art. 79, Abs. 3, Rdn. 29.

³ Vgl. auch Röhl, Besprechung von Teubners "Standards und Direktiven in Generalklauseln", AcP 172 (1972), 559.

zu bilden. Dabei müssen sie sich um eine Lösung bemühen, die von weiten Teilen der Bevölkerung akzeptiert werden kann. Diese Aufgabe kann und darf den Gerichten auch die empirische Sozialforschung nicht abnehmen.

bb) Berücksichtigung der Erkenntnisse der allgemeinen Soziologie

Eine Hilfestellung erfahren die Richter durch die Forschungsergebnisse der allgemeinen Soziologie. Es muß deshalb von ihnen erwartet werden, daß sie sich anhand der vorliegenden Literatur über die soziologischen Erkenntnisse zu dem anstehenden Problemkreis informieren und sie in ihre Fallentscheidung mit einbeziehen. Dadurch wird sichergestellt, daß die sozialkulturellen Lebensbedingungen möglichst "wertfrei" von der Rechtsprechung verarbeitet werden. Denn die Soziologie ist keine normative Wissenschaft. Sie untersucht als Kausalwissenschaft das soziale "Sein"¹, sie erforscht, beschreibt und analysiert gegebene Tatsachen und Kausalzusammenhänge².

f. Verpflichtende Norm und tatsächliches Sein

Danach sollte eine Entscheidung über die "guten Sitten" im wesentlichen von soziologischen Forschungen abhängig gemacht werden. Gegen diese Ansicht mag geltend gemacht werden, sie leugne den Unterschied zwischen Norm und Sein, indem sie das tatsächliche Sein zur verpflichtenden Norm erhebe, und sei deshalb nicht vertretbar³. Normativität und Faktizität könnten nicht gleich-

¹ Vgl. Emge, M., Soziologie der ethischen Lehren, S. 1067.

² Vgl. Laun, a.a.O., S. 179.

³ Vgl. Arzt, a.a.O., S. 58 ff.

gesetzt werden¹. Wer so argumentiert, ist einem grundlegenden Mißverständnis aller Gesetzesnormen erlegen, in denen auf gesellschaftliche Anschauungen verwiesen wird. Wenn in einer Rechtsnorm wie in § 138 BGB das Eintreten der Rechtsfolge von einem Verstoß gegen die "guten Sitten" abhängig gemacht wird, wird damit unmittelbar auf die gesellschaftliche Wirklichkeit Bezug genommen und nicht auf eine Sollens- (Wert-)ordnung², die über dem tatsächlichen Sein steht. Walter Jellinek³ hat das erkannt und dazu ausgeführt, das Gesetz bediene sich der Gesellschaft als einer Rechtsquelle mit abgeleiteten Rechtssatzwirkungen, soweit es die Begriffsbildung durch die Gesellschaft wolle. In einem solchen Falle ist es nicht nur erlaubt, sondern sogar zwingend geboten, eine Entscheidung von den gesellschaftlichen Anschauungen abhängig zu machen.

Sehen Rechtsnormen eine Konkretisierung von Begriffen durch gesamtgesellschaftliche Wertungen vor, wird dadurch erreicht, daß die Rechtsordnung gesellschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen kann und soziale Wandlungsprozesse nicht unberücksichtigt bleiben. Hier ist der legitime Eintrittspunkt der Soziologie in die Rechtswissenschaft⁴. Ob das Recht seiner Zeit gerecht wird oder nicht, kann nämlich nicht allein mit Hilfe

¹ Vgl. Joerges, Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd. 1, S. 214 ff.

² Vgl. Arzt, a.a.O., S. 73.

³ Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 38, 67, 184.

⁴ Trappe, Zur Situation der Rechtssoziologie, S. 12f. Hirsch, E.E., Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, S. 45, 49.

von Rechtsbegriffen, sondern vornehmlich unter Heranziehung soziologisch ermittelter Daten entschieden werden¹. Nur wer entsprechend handelt, vermeidet es, daß die Rechtsordnung allzusehr hinter dem Wandel der wirtschaftlichen und sozialen Lebensbedingungen herhinkt ("cultural lag")².

Auf der anderen Seite darf aber auch die Rechtssicherheit nicht verleugnet werden, die nach Radbruch³ neben der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit ein Bestandteil der Rechtsidee und vom System der Rechtsnormen unablässig ist. Wollte man das gesetzte Recht jedesmal umgestalten, wenn es mit den bestehenden sozialen Verhältnissen nicht mehr übereinstimmt, so würde letztlich der Begriff der Rechtsnorm ganz und gar durch die Rechtswirklichkeit der Rechtsprechung ersetzt werden, wie es vor allem in der sog. "Volksjustiz" des Nationalsozialismus hervorgetreten ist⁴. Das widerspräche dem Wesen des Rechts nach möglichst verlässlichen, gleichbleibenden Regelungen des Zusammenlebens⁵.

Somit stehen sich die Forderung nach der Abhängigkeit des Rechts von den gesellschaftlichen Fakten und die nach Rechtssicherheit gegenüber. Dieses Spannungsverhältnis kann nie ganz aufgelöst werden, weil eine Rechtsordnung beide Elemente, in sich vereinigen muß. Deshalb findet man in einer

¹ Hirsch, E.E., a.a.O., S. 49.

² Bolte, Aschenbrenner, Die gesellschaftliche Situation der Gegenwart, S. 37.

³ Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 168 f.

⁴ Vgl. König, Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme, S. 50.

⁵ Vgl. Fechner, Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts, S. 266.

Kodifikation neben eindeutigen Gesetzesbegriffen die wertausfüllungsbedürftigen, neben unzweideutigen Rechtsnormen die Generalklauseln. Entsprechen die eindeutigen Begriffe und Normen dem Verlangen nach Rechtssicherheit, so ermöglichen die unbestimmten den "Wandel des Rechts in Raum und Zeit"¹, wie es die Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse fordert. Darin ist im Hinblick auf den Begriff der "guten Sitten" die Bestätigung zu sehen, daß dessen Konkretisierung von der gesellschaftlichen Wirklichkeit abhängig gemacht werden muß.

III. Verwertung der empirischen Sozialforschung im gerichtlichen Verfahren

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, wie die empirische "Norm- und Wertforschung"² im Verfahren für die Rechtsprechung nutzbar gemacht werden kann. Röhl³ hat diesen Problemkreis bereits umrissen und auf die damit verbundenen Schwierigkeiten hingewiesen. Zwar wird durch die Berücksichtigung demoskopischer Ergebnisse die Qualität richterlicher Entscheidungen wesentlich verbessert, es darf aber auch nicht übersehen werden, daß ein großer materieller und zeitlicher Aufwand nötig ist, um entsprechende Umfrageforschung zu betreiben. Schon von daher erscheint es rechtspolitisch kaum vertretbar, jedes einzelne Verfahren, in der die Durchschnittsauffassung entscheidungserheblich ist, mit einer eigens dafür erstellten Meinungsumfrage zu belasten. In vielen Fällen würden die Kosten für eine Meinungsumfrage in keinem tragbaren Verhältnis mehr zum Streitwert stehen. Es kommt hinzu, daß die Bevölkerung dann mit derartigen

¹ Hirsch, E.E., Rechtssoziologie, Heute, S. 16.

² Röhl, a.a.O., S. 560.

³ Röhl, a.a.O., S. 559 f.

Umfragen überschüttet würde, das als lästig empfände und die Qualität der Aussagen nachließe. Darüber hinaus muß festgestellt werden, daß die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Verwertung empirischer Sozialforschung in den bestehenden Prozeßordnungen fehlen. Zur Zeit bietet es sich nur an, die Meinungsbefragung durch anerkannte Spezialinstitute als Beweismittel im Prozeß zuzulassen. Das ist im Bereich des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts von der Rechtsprechung bereits anerkannt und wird als Sachverständigenbeweis qualifiziert¹. Als Sachverständiger tritt ein Vertreter des Demoskopieunternehmens auf und gibt anhand der erarbeiteten Feststellungen sein Gutachten ab². Es ist dann die Aufgabe des Gerichts, das Gutachten auf seinen Überzeugungswert hin nachzuprüfen. Denn ein Gutachten darf nur zur Grundlage einer Entscheidung gemacht werden, wenn das Gericht von der Richtigkeit seines Inhalts überzeugt ist. (Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, § 286 ZPO). Um die Prüfung zu ermöglichen, muß der Sachverständige die Tatsachen, die seiner Überzeugung zugrunde liegen, und die von ihm benutzten Erfahrungssätze angeben. Reicht das für eine sachgerechte Beurteilung nicht aus, hat das Gericht gegebenenfalls weitere Gutachten einzuholen³.

¹ BGH Urt. v. 3.7.1956, BGHZ 21, 182, 195;
BGH Urt. v. 9.12.1964, GRUR 1965, 317, 320;
BGH Urt. v. 23.3.1966, GRUR 1966, 445, 448;
BGH Urt. v. 3.5.1967, GRUR 1967, 485, 487;
BGH Urt. v. 23.6.1967, GRUR 1968, 371, 374;
BGH Urt. v. 12.7.1967, GRUR 1968, 581, 584.

² OLG München, Beschl. v. 27.1.1956, GRUR 1956, 379, 380; vgl. auch schon RG Urt. v. 23.6.1941, RGZ 167, 171, 177.

³ Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, vor § 402, Anm. 1 A.

Da die empirische Sozialforschung auch in der Lage ist, gesellschaftliche Auffassungen zu dem Problem der "guten Sitten" zu ermitteln, liegt es nahe, eine entsprechende Umfrage zum Gegenstand eines Sachverständigengutachtens im Prozeß zu machen. Zwischen einem derartigen Gutachten und den bereits verwerteten demoskopischen Umfragen im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht besteht aber ein wesentlicher Unterschied. Während hierbei bisher nur tatsächliche Feststellungen getroffen wurden, die zu beweisen waren, werden dort vielfach unterschiedliche Wertvorstellungen ermittelt. Dabei geht es nach Röhl¹ "nicht mehr um den Beweis von Tatsachen, die unter eine präexistente Rechtsnorm subsumiert werden können. Vielmehr dienen die durch empirische Sozialforschung beizubringenden Fakten zuerst der Rechtsgewinnung." Der Richter hat die Ergebnisse bei der Ausfüllung normativer Wertbegriffe zwar zu berücksichtigen, ist dabei aber an keine festen Regeln gebunden². Die Vorschriften des Beweisrechts sind darauf nicht anwendbar.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man für den Bereich der Rezeption sozialer Normen. Hier läßt sich die empirische Umfrageforschung durch Sachverständige in den einzelnen Prozeß einführen, wenn die von einer Partei behauptete und bewiesene Norm zu rezipieren ist³.

Insgesamt gesehen ergibt sich für den Richter, der die empirische Sozialforschung bei seiner Entscheidung berücksichtigen möchte, jedoch eine unbefriedigende Lage. Da die empirische Norm- und Wertforschung in den Prozeßordnungen noch nicht

¹ So Röhl, a.a.O., S. 560.

² Vgl. oben S. 100 f.

³ Vgl. dazu Teubner, a.a.O., S. 116 f.; Röhl, a.a.O. S. 560; siehe auch S. 97.

institutionalisiert ist, kann eine fallspezifische Umfrage nur durchgeführt werden, wenn es um zu beweisende tatsächliche Feststellungen geht und die dadurch entstehenden Kosten nicht außer Verhältnis zum Streitgegenstand stehen. Im übrigen bleiben dem Richter für seine Urteilsfindung nur die ihm zufällig aus der Wissenschaft zugänglichen Ergebnisse der empirischen Sozialforschung, die zur Zeit noch keinen großen Umfang erreicht haben.

In dieser Situation ist es zu verstehen, wenn Röhl¹ der empirischen Sozialforschung ihren Platz nicht im Prozeß, sondern in der Wissenschaft zuweist. Kurzfristig gibt es nur den Weg, durch die wissenschaftliche Forschung auf die Gerichte einzuwirken. Da aber mit Benda² darauf zu hoffen ist, daß es in Zukunft zu einer Steigerung der Qualität und der Quantität der empirischen Sozialforschung kommen wird, ist zu überlegen, ob die Gerichte auf die gerade anfallenden Ergebnisse beschränkt bleiben sollen oder ob man ihnen die Möglichkeiten geben sollte, mit konkreten Aufträgen an die Wissenschaft heranzutreten. Wie das im einzelnen geschehen könnte, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert werden. Es würde über das vorliegende Thema hinausgehen und erforderte unter anderem eine Beantwortung der von Röhl aufgeworfenen Fragen³. Allerdings mag darauf hingewiesen werden, daß man nach der Auffassung des Verfassers den obersten Gerichtshöfen des Bundes die Entscheidungsbefugnis darüber geben sollte, anläßlich eines Rechtsstreits bei wichtigen und zweifelhaften Problemen von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei ein Gutachten der empirischen Sozialforschung einzuholen. Wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung zu dem entsprechenden Fragen-

¹ Röhl, a.a.O., S. 560.

² Benda, a.a.O., S. 499.

³ Röhl, a.a.O., S. 560.

kreis könnten dann auch andere Gerichte darauf zurückgreifen.

Teil C: Konsequenzen für die Sittenwidrigkeit
von "Mätressentestamenten"

Will man heute die Erkenntnisse empirischer Sozialforschung einer Beurteilung über die Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" zugrunde legen, stößt man auf die Schwierigkeit, daß keine ausreichenden empirischen Daten zu dem Problem erarbeitet worden sind. Im Hinblick auf die Wertvorstellungen der Gesellschaft zur Erbeinsetzung von "Geliebten" liegt noch keine umfassende Meinungsumfrage vor. Ein einzelner kann diesem Mangel auch nicht abhelfen, weil eine wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Meinungsumfrage den Apparat eines ganzen Instituts voraussetzt¹.

Jedoch hat das Meinungsforschungsinstitut EMNID erst in jüngster Zeit, im März 1970 und März 1971, auf Veranlassung des Bundesministeriums der Justiz zwei bisher unveröffentlichte Umfragen durchgeführt, um Anhaltspunkte für die Auffassungen zu gewinnen, die in der Bevölkerung zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge verbreitet sind². Dabei ist in der zweiten Umfrage auch die Thematik der erbrechtlichen Behandlung von Dritten, die dem Erblasser besonders nahe standen, aufgegriffen worden. In der entsprechenden Frage geht es um die erbrechtliche Stellung einer unverheirateten Person, mit der der verheiratete Erblasser zusammengelebt hat. Aus dem Umfrageergebnis kann die allgemeine Tendenz der Wertvorstellungen in der Gesellschaft bezüglich der "Geliebtentestamente" abgeleitet werden.

¹ So schon oben S. 91 f. m.w.Nachw.

² Vgl. dazu Stöcker, Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ, 1971, 609 ff.

Weil die vorhandenen empirischen Daten keine detaillierten Aussagen ermöglichen, ist es um so mehr von Bedeutung, die allgemein soziologischen Erkenntnisse für das vorliegende Thema zu berücksichtigen. Aus alledem mögen sich dann Beurteilungskriterien ergeben, die nicht mehr übergangen werden dürfen, wenn zu entscheiden ist, ob die Erbinsetzung einer "Geliebten" sittenwidrig ist oder nicht.

I. Ergebnisse praktischer Umfrageforschung:

In einer Umfrage vom März 1971 hat das EMNID-Institut folgende Frage¹ gestellt:

"Ein Mann lebt seit vielen Jahren von seiner Ehefrau getrennt bei einer Freundin. Obwohl die Ehe zerrüttet ist, hat sich die Ehefrau aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht scheiden lassen. Schließlich wird der Mann krank und von seiner Freundin aufopferungsvoll bis zu seinem Tode gepflegt. Kinder oder sonstige erbberechtigte Verwandte sind nicht vorhanden. Alleinerbin wird die Ehefrau, weil das vom Verstorbenen errichtete Testament wegen eines Formmangels ungültig ist². Das Gesetz könnte folgende Möglichkeiten vorsehen:

¹ Nach Stöcker, a.a.O., S. 616 f.

² Der Nichtigkeit des Testaments nach § 138 Abs. 1 BGB wurde der neutrale Fall der Formnichtigkeit vorgezogen, um möglichst nicht schon bei der Falldarstellung gewisse Voreingenommenheiten zu provozieren. Der Umstand der Testamenterrichtung überhaupt wurde einbezogen, um anzudeuten, daß irgendeine Form erbrechtlicher Beteiligung der Lebensgefährtin dem Willen des Erblassers entsprach. (nach Stöcker, a.a.O., S. 616, Fußn. 42).

- A. Es bleibt dabei, daß nur die rechtmäßige Ehefrau erbt, weil das jahrelange Zusammenleben des Erblassers mit der Freundin sittenwidrig ist.
- B. Beide Frauen erben zusammen je die Hälfte, weil beide dem Erblasser gleich nahe standen: die eine durch rechtliche, die andere durch menschliche Beziehungen.
- C. Zwar erbt die Ehefrau allein, sie muß aber ein Viertel des Erbes als gesetzliches Vermächtnis der Freundin zum Ausgleich für die von dieser geleisteten Pflēgetätigkeit auszahlen.

Wofür würden Sie sich entscheiden?

Die Antworten werden der Übersicht halber in einer Tabelle zusammengestellt:

	Möglichkeiten			
	A	C	B	keine Entscheidung
	%	%	%	%
<u>Alle Befragten</u>	33	32	28	7
<u>Männer</u>	28	34	31	7
<u>Frauen</u>	36	31	25	8
<u>Alle Befragten</u>				
<u>nach Altersgruppen</u>				
16 - 17 Jahre	20	37	33	10
18 - 20 Jahre	19	31	44	6
21 - 29 Jahre	28	32	32	8
30 - 49 Jahre	28	35	30	7
50 - 64 Jahre	39	33	21	7
über 65 Jahre	44	25	19	12

Wenn man sich der bisherigen Einzigartigkeit dieses Falles bewußt ist, muß man es bedauern, daß das Beispiel nicht die Frage zugelassen hat, ob es auch Stimmen in der Bevölkerung gibt, die die Freundin als Alleinerbin sehen möchten. Dadurch hätte sich ein besonders eindrucksvolles Bild über die extremen Meinungen ergeben.

Aus den Umfrageergebnissen auf die vom EMNID-Institut gestellte Fragen lassen sich bestimmte Folgerungen ziehen, die zum Teil schon vorher angedeutete Vermutungen bestätigen: das Interesse der Bevölkerung an erbrechtlichen Fragen ist sehr groß, was den geringen Prozentzahlen derjenigen zu entnehmen ist, die nicht geantwortet haben. Der einzelne Bürger äußert durchaus seine Meinung und möchte gehört werden. Das erhöht die Qualität demoskopischer Umfragen.

Bei der Pluralität der Wertauffassungen in unserer Gesellschaft ist es allerdings oft unmöglich, in moralischen Fragen einen allgemeinen Konsens zu erkennen. Für den Gesetzgeber mögen die Meinungsbilder eine wertvolle Ergänzung der Umfrageergebnisse zum Ehegattenerbrecht sein¹; die Gerichte mögen aufhorchen und sich bewußt machen, daß 60 % der Bevölkerung für die erbrechtliche Berücksichtigung der Geliebten eines verheirateten Erblassers eingetreten sind, mit der dieser in einem eheähnlichen Verhältnis zusammenlebte. Offenbar sind, zumindest nach der mehrheitlichen Auffassung der Bevölkerung in der bisherigen Rechtsprechung zum Erbrecht die formalen Kategorien Eheschließung und Verwandtschaft zu Lasten der menschlichen Beziehungen, die sich naturgemäß nicht auf die Ehe und Kleinfamilie beschränken, zu stark betont worden².

¹ Vgl. Stöcker, a.a.O., S. 617.

² Vgl. Stöcker, a.a.O., S. 616.

Wer dagegen einwendet, dieser Schluß könne aus nur einer repräsentativen Umfrage nicht gezogen werden, dem muß man erwidern, daß das EMNID-Institut nach den bei demoskopischen Umfragen erforderlichen wissenschaftlichen Maßstäben gearbeitet hat. So ist z.B. ein Kreis von etwa 2.000 Personen befragt worden, der sich nach den bei Umfragen üblichen demographischen Merkmalen repräsentativ für die Gemeinschaft zusammensetzt¹. Von daher dürften eigentlich keine Zweifel bestehen, die sich auf die Qualität der durchgeführten Untersuchung beziehen. Leider hat ein anderes Institut noch keine Umfrage zu demselben Thema durchgeführt, um gegebenenfalls eine letzte Bestätigung der vorliegenden Ergebnisse zu erhalten.

Als Indiz für die Richtigkeit der EMNID-Umfrage mag jedoch eine Meinungsumfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem Jahre 1963 herangezogen werden². Es sind an 1.000 Personen von 20 - 75 Jahren im Bundesgebiet mit West-Berlin folgende Fragen gestellt worden:

- a. "Billigen oder verurteilen Sie es, wenn verheiratete Menschen neben ihrer Ehe intime Beziehungen unterhalten?"
- b. an Personen, die solche Beziehungen verurteilen:
"Würden Sie bestimmte Ausnahmen - zum Beispiel im Falle von unheilbarer Krankheit eines Ehepartners - gelten lassen?"

Dabei haben sich die Befragten folgendermaßen geäußert:

¹ Vgl. Stöcker, a.a.O., S. 609.

² Vereinfachende Darstellung der Umfrageergebnisse in Noelle-Neumann, Neumann, Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1958 - 1964, S. 589. Die differenzierten Ergebnisse hat mir das Institut für Demoskopie Allensbach freundlicherweise zur Verfügung gestellt.

	Alle Be- fragten %	Alle Männer %	Alle Frauen %
1. Es billigen intime Beziehungen neben der Ehe			
a. ohne Einschränkung	5	8	2
b. mit Einschränkung ("Kommt darauf an")	19	24	14
2. Es verurteilen intime Beziehungen neben der Ehe			
a. würden aber Ausnahmen gelten lassen	28	27	29
b. und sind unsicher, ob sie Ausnahmen gelten lassen sollen	14	10	18
c. ohne jede Ausnahme	34	31	37

Bei diesen Ergebnissen ist hervorzuheben, daß über 34 % der Befragten intime Beziehungen neben der Ehe verurteilt haben. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß 52 % aller Befragten mindestens Ausnahmen gelten lassen und daneben noch weitere 14 % unsicher sind, ob sie sich dieser Meinung anschließen sollen. Eine Analyse dieser Ergebnisse ergibt, daß die 52 % vor allem deswegen zu ihrer Auffassung gelangt sind, weil sie in den außerehelichen Verhältnissen nicht allein auf die sexuelle Komponente abgestellt, sondern die positiven menschlichen Beziehungen gesehen haben, die damit bei einer nicht nur kurzfristigen Beziehung verbunden sind. Insofern ergibt sich eine wesentliche Übereinstimmung mit der EMNID-Umfrage. Unter Umständen werden außereheliche Beziehungen von der Mehrheit der Bevölkerung wegen ihrer

menschlichen Qualität anerkannt. Dann ist es nur konsequent, daß es einem verheirateten Mann rechtlich erlaubt ist, seiner langjährigen Freundin erbrechtliche Zuwendungen zu machen.

Trotz des geringen Umfragematerials muß insgesamt gesehen von folgendem ausgegangen werden:

1. Fast jeder Bürger ist in der Lage und willens, zu dem Problemkreis der "Geliebtentestamente" wertende Aussagen zu machen, die bei einer Entscheidung über die Sittenwidrigkeit zu berücksichtigen sind.
2. Diese Aussagen sind jedoch so unterschiedlich, daß die Gerichte eine Durchschnittswertung nur auf Grund einer detaillierten Meinungsumfrage bilden können, die alle Einzelheiten des von ihnen zu beurteilenden Sachverhalts berücksichtigt

II. Soziologie der Sexualität, der Ehe und Familie in einer Zeit sozialen Wandels

Wenn die Anschauungen der Bevölkerung durch die empirische Sozialforschung wirklichkeitsgetreu wiedergegeben werden und ein Konsens hinsichtlich der Sexualmoral in der pluralistischen Gesellschaft nicht mehr vorhanden ist, muß das durch die allgemeine Soziologie bestätigt werden. Eine Änderung der Auffassungen zur Sexualität, zur Ehe und Familie erscheint auf dem Hintergrund des sozialen Wandels begreiflich.

1. Sozialer Wandel

Darunter versteht man in Europa vornehmlich einen Gesamtprozeß, der sich auf den Wandel ganzer Gesellschaften bezieht, während in den USA eine deutliche Tendenz erkennbar ist, den Wandel an Teilaspekten sozialer Strukturen zu untersuchen. Beide Bereiche des sozialen Wandels sind jedoch

noch weitgehend offenes Gelände für die Soziologen¹.

Im Sinne der zuerst beschriebenen Auffassung läßt sich der soziale Wandel als eine historische Entwicklung Deutschlands vom Typ einer undifferenzierten Abstammungsgesellschaft hin zum Typ einer komplexen Leistungsgesellschaft bezeichnen; eine Entwicklung, die mit der Industrialisierung begonnen hat und bis heute reicht². Charakteristisch für diese Periode ist der Zerfall der "Ordnungen" der vorindustriellen Zeit. Seitdem stehen wir in einer Epoche des intensivierten Wandels, in der sich nur langsam wieder neue dauerhafte Strukturen und Ordnungen in den verschiedenen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens entwickeln³. Alte Sozialgebilde wie Sippen, Kirchen und autoritäre Eliten haben ihre Aufgaben und Funktionen an neu entstehende spezialisierte Sozialgebilde abgegeben (hochtechnisierte Industriebetriebe, Schulen, Gerichte, Versicherungen, Behörden, Vereine, Interessenverbände etc.)⁴. Der Mensch erscheint nicht mehr eingeordnet in sich ergänzende soziale Gebilde; er steht im Brennpunkt der Anforderungen einer Reihe zum Teil miteinander konkurrierender Gebilde, die häufig gar nicht mehr die Gesamtpersönlichkeit des Menschen berücksichtigen, sondern nur einen bestimmten Aspekt seiner sozialen Existenz - den Sportler,

¹ So Dahrendorf, Sozialer Wandel, in: Wörterbuch der Soziologie, S. 1013 f.

² Vgl. Neidhardt, Die Familie in Deutschland. Gesellschaftliche Stellung, Strukturen und Funktionen, S. 30; Drath, Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft. Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden? S. 135.

³ Vgl. Bolte, Aschenbrenner, Die gesellschaftliche Situation der Gegenwart, S. 8.

⁴ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 33; Bolte, Aschenbrenner, a.a.O., S. 17.

den Betriebsangehörigen, das Parteimitglied usw.¹. Das verlangt von dem einzelnen eine ganz andere Befähigung als früher, sich in der gegenwärtigen Gesellschaftssituation zurechtzufinden. An die Stelle eines traditionsgesteuerten "blinden" Hineinwachsens in die Gesellschaft, das mit dem sozialen Wandel unmöglich geworden ist, muß heute die Bewältigung des sozialen Lebens durch "Be-wußtmachen" der Zusammenhänge und durch Vermittlung von Fähigkeiten, in ihnen zu bestehen, treten². Von dem Menschen wird verlangt, "das soziale Lernen zu lernen", Weltanschauungen alter Art, also solche unserer geistigen Festlegung aufzugeben und diese Weltanschauung neuer Art, die der Offenheit für neue Probleme und Lösungen oder für eine neue Sicht von Problemen und Lösungen anzunehmen³.

Diese Situation fordert von jedem Richter, daß er seine Entscheidungen rational begründet. Bloße weltanschauliche Thesen als reine Aussprüche eines weltanschaulichen Bekenntnisses sind nicht erlaubt. Der Richter hat immer die Frage der sozialen Ratio aufzuwerfen, zu prüfen und seine dazu gefundene Lösung aufzuzeigen⁴. Wenn er kraft Amtes für alle anderen entscheiden muß, ist er zu einer rationalen Entscheidung verpflichtet, "so daß nicht die Gewissensmäßigkeit, sondern die volle kritische Gewissenhaftigkeit das unumgängliche Kriterium gerade der richterlichen Entscheidung ist"⁵.

¹ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 33; Bolte, Aschenbrenner, a.a.O., S. 17.

² So Bolte, Aschenbrenner, a.a.O., S. 41.

³ So Drath, a.a.O., S. 130; auch Bolte, Aschenbrenner, a.a.O., S. 41.

⁴ Vgl. Drath, a.a.O., S. 132.

⁵ Drath, a.a.O., S. 153.

Dagegen wird bei der Anwendung wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe und Generalklauseln sehr leicht verstoßen. Wie anders sollte hinsichtlich des vorliegenden Problemkreises sonst z.B. die oben angeführte Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1968¹ gewertet werden, in der man es einem unverheirateten Mann versagt hat, seiner langjährigen verheirateten Freundin ein Vermächtnis in Höhe von DM 20.000,-- bei einem Gesamtnachlaß von DM 110.000 bis 120.000 auszusetzen. Bei einer gewissenhaften Prüfung hätte das Gericht soziologische Erkenntnisse über Ehe, Familie und Sexualität berücksichtigen müssen.

2. Soziologie der Ehe und Familie

Dabei hätte es festgestellt, daß sich im Rahmen des allgemeinen sozialen Wandels die Formen des familiären Zusammenlebens grundlegend geändert haben². In einem Prozeß der dauernden Revolutionierung ist die Mehrgenerationen-Großfamilie bereits weitgehend durch die Zweigenerationen-Kleinfamilie abgelöst worden³. Damit zeichnen sich neue dauerhafte Strukturen ab, in denen die Familie nicht mehr als "Keimzelle der Gesellschaft" angesehen werden kann, wie es unter dem Einfluß religiöser und politischer Lehren in Deutschland bis heute üblich war⁴.

Im Zuge der Entwicklung sind die verwandtschafts-

¹ BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff.; vgl. auch oben S. 37 ff.

² Vgl. Drath, a.a.O., S. 135; Bolte und Aschenbrenner, a.a.O., S. 9; Neidhardt, a.a.O., S. 35.

³ Vgl. Bolte, Aschenbrenner, a.a.O., S. 8; Die Zweigenerationen-Kleinfamilie wird auch Kernfamilie genannt. Sie umfaßt die Gruppe von Mann und Frau mit ihren unverheirateten und unmündigen Kindern (vgl. König, Soziologie der Familie, S. 206.)

⁴ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 30; so auch v. Friedeburg, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Bd. II, C 80, 84.

lichen Beziehungen in unserer Gesellschaft zurückgebildet und in starkem Maße beliebig, selektiv und informell geworden. Die Beziehungen zur Verwandtschaft sind kein unausweichliches gesellschaftliches Schicksal des einzelnen mehr. Sie sind soziale Chancen und kristallisieren in Krisenzeiten oft zu Notwehrgemeinschaften¹. Aber ihr normaler Funktionswert ist angesichts der wachsenden Leistungen öffentlicher Gruppen und Organisationen doch gesunken und nur im Falle staatlichen Zusammenbruchs, d.h. im zeitweiligen "primitiven", für heute eben nicht mehr typischen Gesellschaftszustand ausgesprochen erheblich². Im Grunde erscheint die Kernfamilie dadurch als gesellschaftlich desintegriert. Sie lebt in ihrer privaten Sphäre und ist aus den gesamtgesellschaftlichen Strukturen ausgegliedert³.

Das hat zu einem anderen Verständnis der Partnerwahl geführt. Früher nahmen die Familien darauf entscheidenden Einfluß, so wie es noch im ländlichen Bereich anzutreffen ist, wo es darum geht, den Eigentums- und Besitzstand zweier Altfamilien im Hinblick auf die Nachfolge zu erhalten. Grundsätzlich wird die Familie aber nicht mehr notwendigerweise durch physische oder wirtschaftliche Bande zusammengehalten⁴. Deshalb ist die gegenseitige Zuneigung heute zum wesentlichen Selektionskriterium der Partnerwahl geworden⁵, bei der höchstpersönlichen Entscheidungen getroffen werden. Damit ist verständlicherweise ein gewisser Stabilitätsschwund der Familie verbunden. Denn

¹ So ist die "ambulante Großmutter" ständig auf Reisen, um jeweils in demjenigen Haushalt ihrer Kinder zur Stelle zu sein, wo es brennt. Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 35.

² So Neidhardt, a.a.O., S. 35.

³ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 40.

⁴ So Friedmann, Recht und sozialer Wandel, S. 222.

⁵ So Neidhardt, a.a.O., S. 42; vgl. auch König, Soziologie der Familie, S. 237.

von einem möglichen Erkalten der gefühlsmäßigen Bindungen der Ehepartner wird das Fundament ihrer Ehe mehr als früher bedroht. Eine Ehe, aus der die "Liebe" gewichen ist, ist keine Ehe mehr¹. Dieses Verständnis fördert den Grad der Beliebbarkeit, mit der der einzelne desertieren und emigrieren kann, ohne erheblichen Sanktionen eines größeren Personenkreises ausgesetzt zu sein, wie es bei einer Integration der Kernfamilie in Verwandtschaftsgruppen der Fall wäre².

Weiterhin muß für eine gewisse Labilität der ehelichen Beziehungen der Problemwandel verantwortlich gemacht werden, den die Positionen der Ehegatten im Laufe der Industrialisierung erfahren haben, ohne daß er von Mann und Frau in jedem Falle auch anerkannt und berücksichtigt wird. Vor allem dort, wo der Mann in traditionell patriarchalischem Denken befangen ist, ohne seinen Autoritätsanspruch durch Leistungen legitimieren zu können, ist Sprengstoff vorhanden, an dem Ehe und Familie möglicherweise scheitern³. Außerdem kann die Dynamik der modernen Lebensverhältnisse dadurch in die Beziehungen der Ehegatten belastend eingreifen, daß nach der Heirat extreme Statusverschiebungen einsetzen, die zur Entfremdung der Eheleute führen³.

Aus alledem darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, die Institution Ehe in Frage zu stellen, gehört doch die Kernfamilie in ihrer Grundstruktur zu den wenigen universalen Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens. Sie ist als Träger gesellschaftlich relevanter Grundprozesse, die in jeder Gesellschaft ständig ablaufen und ihr Über-

¹ Vgl. König, a.a.O., S. 274.

² Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 62.

³ So Neidhardt, a.a.O., S. 63; vgl. dazu auch König, a.a.O., S. 268 ff.

leben sichern, besonders geeignet für die Reproduktion dieser Prozesse. In der Kernfamilie wachsen die Kinder auf, in ihr werden sie gesellschaftsfähig gemacht. Die Kernfamilie vermag auf Grund ihrer Struktur eine gleichzeitige Lösung bestimmter individueller und gesellschaftlicher Probleme zu gewährleisten. In ihr werden nicht nur die individuellen Bedürfnisse nach Sicherheit, Intimität und Solidarität befriedigt, sondern auch kollektive Ordnungsinteressen wahrgenommen¹.

Welch hoher gesellschaftlicher Funktionswert der Kernfamilie unabhängig vom politischen Aufbau eines Staates zukommt, verdeutlicht das Beispiel der sowjetischen Familienpolitik aus den Jahren 1917 bis 1936². Nach der Oktober-Revolution wurden von der bolschewistischen Regierung im Zusammenhang mit einer Umformung des gesamten gesellschaftlichen Lebens die institutionellen Stützen der Ehe und Familie weitgehend abgebaut. So wurde die Ehescheidung ungemein erleichtert (1917); die Erbfolge eingeschränkt (1918); Bigamie und Ehebruch nicht mehr als strafbar angesehen; die Abtreibung ausdrücklich erlaubt (1920); später sogar die nicht registrierte Eheschließung als legal und rechtlich verbindlich anerkannt (1927). Die Unterschiede zwischen standesamtlichen und de-facto-Ehen waren soweit vermindert, daß das höchste Gericht der UdSSR 1929 zwei Frauen, zu dem der Verstorbene eheliche Beziehungen unterhalten hatte, als erbberechtigt an seinem Nachlaß erachtete³. Die Maßnahmen wurden teils als bewußte Mittel zur Brechung aller traditionellen Sozialgebilde verstanden, teils als ein erster

¹ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 20 ff.; auch v. Friedberg, a.a.O., S 82 ff.

² Dargestellt nach Neidhardt, a.a.O., S. 22 f.; vgl. auch König, a.a.O., S. 229; Friedmann,

³ a.a.O., S. 218 f.

Friedmann, a.a.O., S. 218.

Schritt auf dem Weg zu einer vollkommenen kollektivistischen Lebensordnung im Sinne der kommunistischen Idealvorstellungen eingesetzt. Sie führten aber zu einer Reihe unvorhergesehener Konsequenzen, welche die Intaktheit und Entwicklungsfähigkeit der Gesellschaft beeinträchtigten. Die Abtreibung nahmen außerordentlich stark zu, ebenso die Ehescheidungen, und dies führte wahrscheinlich zu einem starken Geburtenrückgang¹. Darüber hinaus sank der elterliche Erziehungseinfluß so beträchtlich, daß sich die Kriminalität der Kinder zu häufen begann. Solche Erscheinungen leiteten in der Mitte der 30er Jahre eine Revision der sowjetischen Familienpolitik ein. Ehe-liche Treue und Gehorsam gegenüber den Eltern wurde propagiert. In einem neuen Familienschutzgesetz (1936) wurde die Abtreibung verboten, die Ehescheidung erschwert und die Verletzung der elterlichen Unterhaltspflicht unter schärfste Strafandrohung gestellt. 1944 wurden schließlich die nicht registrierten Ehen als illegal erklärt und der Status unehelicher Kinder rechtlich verschlechtert. Man hatte eingesehen, daß die Institution der Kernfamilie nicht aufgehoben werden darf.

Muß diese Institution auch als unentbehrlich angesehen werden, so ist es eine ganz andere Frage, inwieweit die einzelnen Mitglieder, vor allem die Eheleute, an ihre Familie gebunden sind. Dabei ist zu betonen, daß von den früheren Familienbanden heute - zumindest in der modernen westlichen Gesellschaft - nur gegenseitige Zuneigung

¹ 1934 wurden in den medizinischen Anstalten Moskaus 57.000 Kinder geboren, 154.000 abgetrieben. In demselben Jahr kamen in Moskau auf 100 Eheschließungen 37 Ehescheidungen.

und die gemeinsame Verantwortung für die Erziehung der Kinder noch von Bedeutung sind¹. Von daher erscheint es geboten, eine Ehe auf Verlangen eines Partners rechtlich nicht mehr aufrechtzuerhalten, wenn die gegenseitige Zuneigung gewichen ist. Das entspricht dem durch den sozialen Wandel geänderten Familienbild. Jene Familienordnung, deren wichtigstes Merkmal eine durch die Vorherrschaft des Mannes und die Abhängigkeit von Frau und Kindern erkaufte monolithische Geschlossenheit war², ist abgelöst durch eine Familienordnung, deren auffallendste Erscheinung die größere Selbständigkeit der verheirateten Frau ist³. Sie äußert sich in einer zunehmenden Häufigkeit der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit von Ehefrauen und einer wachsenden Übernahme von Pflichten im Haushalt durch die Ehemänner. Dadurch werden die Arbeits- und Verantwortungsdifferenzierung der Ehepartner immer weiter gelockert, was zu einer größeren Annäherung beider Familienrollen führt⁴. Insofern werden die Ehegatten bei einer Scheidung auch nicht mehr in so unterschiedlicher Weise getroffen, wie es unter starkem patriarchalischen Herrschaftseinfluß der Fall war.

Allerdings bedarf es der Klärung, wie die verantwortliche Erziehung der Kinder nach der Scheidung gewährleistet wird. Es wäre oft falsch, wollte man eine Scheidung deshalb zu verhindern suchen, weil die Kinder in ihrer Familie aufwachsen sollen. Dabei würde einfach übersehen, daß die Tatsache, in einer gestörten Familie zu leben,

¹ Friedmann, a.a.O., S. 230.

² Vgl. S. Simitis, Einleitung zu Friedmann, Recht und sozialer Wandel, S. V.

³ Vgl. Friedmann, a.a.O., S. 233.

⁴ Vgl. Neidhardt, a.a.O., S. 50.

mindestens die gleichen Probleme schafft wie die Scheidungssituation¹. Deshalb sollte man auch in den Fällen, in denen eine Ehe ernsthaft gestört ist, eine Scheidung bejahen und nach anderen Wegen für die Erziehung der Kinder suchen als in einer zerrütteten Familie.

Nach alledem stellt sich jetzt die Frage, welche Schlüsse aus den allgemein soziologischen Erkenntnissen über Ehe und Familie für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" gezogen werden können. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, wer durch die Erbeinsetzung einer "Geliebten" benachteiligt wird; ob es sich um Mitglieder der Kernfamilie (Ehepartner, unverheiratete und unmündige Kinder) oder um andere Verwandte handelt, die im Falle gesetzlicher Erbfolge erbberechtigt wären.

Für diese wird man folgendermaßen argumentieren dürfen: als Ergebnis des sozialen Wandels ist bei uns nicht mehr der Typ der Mehrgenerationen - Großfamilie, sondern der der Zweigenerationen - Kleinfamilie vorherrschend. Diese desintegrierte Kernfamilie lebt normalerweise in ihrer privaten Sphäre ohne eine intensive Bindung zu den Verwandten. Da sie entscheidend auf der gegenseitigen Zuneigung der Ehepartner basiert, verdient dieses Merkmal eine stärkere Betonung, als das formale der Verwandtschaft. Das muß auch dann gelten, wenn jemand einen Dritten zum Erben einsetzt, ohne mit ihm verwandt zu sein, dafür aber zu ihm in einer intensiven menschlichen Beziehung steht. Diese Bindung ist auf jeden Fall höher zu bewerten als ein zufälliges formales Kriterium. Deswegen kann die Erbeinsetzung einer "Geliebten" nicht sittenwidrig sein, wenn dadurch ein erbberechtigter Verwandter außerhalb der Kernfamilie

¹ So König, a.a.O., S. 286.

unberücksichtigt bleibt.

Anders scheint man es beurteilen zu müssen, wenn Mitglieder der Kernfamilie durch ein Testament zugunsten einer Geliebten übergangen werden. Gerade weil dadurch die intime Gemeinschaft der Familie verletzt wird, ist man vielleicht geneigt, die Sittenwidrigkeit der Erbeinsetzung anzunehmen. Dabei wird jedoch der Trend der tatsächlichen gesellschaftlichen Entwicklung unberücksichtigt gelassen. Da nach dem heutigen Verständnis das entscheidende Merkmal für einen Eheschluß die gegenseitige Zuneigung ist, entspricht dem die Forderung nach leichter Lösbarkeit der Ehe, sobald die ursprüngliche Voraussetzung für den Eheschluß nicht mehr gegeben ist. Entfällt die menschliche Verbundenheit der Ehepartner, ist das Fundament ihrer Ehe zerstört. Unabhängig davon, ob die Ehe jetzt geschieden, ob sie faktisch aufgelöst wird oder ob sie nur gestört ist, wird man es akzeptieren müssen, daß sich ein Ehepartner einer dritten Person zuwendet, zu der er sich hingezogen fühlt. Es muß nur die materielle Vorsorge und vor allem bei den Kindern die personenrechtliche Fürsorge gesichert sein. Dazu dienen die Vorschriften des Unterhaltsrechts. Außerdem können zwischen den Parteien noch vertragliche Vereinbarungen getroffen werden. Darüber hinaus muß es jedoch jedem Familienmitglied möglich sein, sein Leben nach eigenem Belieben zu gestalten. Dazu gehört das Recht, eine dritte Person zum Erben einzusetzen, mit der der Erblasser zwar nicht verheiratet oder verwandt, der er aber geistig und seelisch verbunden ist.

Wenn die Auffassungen der Bevölkerung zu diesem Problembereich höchst unterschiedlich sind, so ist das ein deutliches Zeichen dafür, daß der Wandlungs-

prozeß in dieser Beziehung noch nicht abgeschlossen und die Abkehr von der Mehrgenerationen-Großfamilie noch nicht überall erfolgt ist. Das trifft besonders für ländliche Bereiche zu und wird von der oben wiedergegebenen Umfrage bestätigt¹. Die allgemein soziologischen Erkenntnisse über Ehe und Familie sind somit durchaus mit den Ergebnissen der empirischen Sozialforschung in Einklang zu bringen.

3. Soziologie der Sexualität

Darüber hinaus muß noch geprüft werden, ob eine soziologische Betrachtung der Sexualität zu demselben Ziel führt. Dabei ist davon auszugehen, daß es in einer Gesellschaft leicht zu einem Auseinanderfallen der moralischen Vorstellungen und der tatsächlichen Verhaltensweisen in sexueller Hinsicht kommt. Unter dem Aspekt, wie sich dies Spannungsverhältnis im Zuge des sozialen Wandels in unserer Gesellschaft geändert hat, soll eine Antwort auf die Ausgangsfrage gefunden werden.

Wie groß die Kluft zwischen sittlichem Kodex und gelebter Wirklichkeit sein kann, mag mit einem Hinweis auf Goethe illustriert werden. Er, der im "Faust" die Nöte der unehelichen Mutterschaft darstellt und der selbst einige Liebesverhältnisse hatte, hat als Minister das Todesurteil gegen eine Kindsmörderin gegengezeichnet². Hier das offizielle Bekenntnis zu einer strengen Sexualordnung, da ein Leben ohne sie.

¹ Siehe S. 109 f.

² Nach Saller, Sexualität und Sitte in der vorindustriellen Zeit, S. 133.

Auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, bei Beginn des sozialen Wandels, herrschte besonders im Kreise des Bürgertums noch ein strenger Sittenkodex, der in die Gesetzgebung und zahlreiche Tabus des öffentlichen Lebens Eingang fand. So galten Scheidungen als unehrenhaft. Ein anderes Beispiel: in Preußen wurde zwar 1872 mit der gesundheitlichen Kontrolle der eingeschriebenen Dirnen begonnen, wer einer solchen Dirne aber eine Wohnung vermietete, machte sich wegen "Kuppelei" strafbar¹.

Hier offenbart sich ein grundlegendes Problem jeder strengen Sexualmoral, die bei uns auf die christliche Weltanschauung zurückzuführen ist, verdammt doch besonders das Neue Testament alle sexuellen Beziehungen außerhalb der Ehe². Im Sinne dieser Moral müßte es liegen, die Prostitution überhaupt zu verbieten. Es hat jedoch schon immer zur gesicherten Erkenntnis gehört, daß die Prostitution eine notwendige Begleiterscheinung der allgemeinen Sittlichkeit ist, um den Sexualtrieb vieler Menschen zu regulieren. Sie ist der Ausweg für eine Sexualordnung, die die Jungfräulichkeit beim Eintritt in die Ehe und eheliche Treue verlangt³. Dabei wird der Verstoß gegen die eheliche Treuepflicht durch den Geschlechtsverkehr mit einer Prostituierten von der Gesellschaft gewissermaßen als unabwendbar hingenommen. So wird der Bestand einer sozial klar geregelten Prostitution zu einem soziologischen Beweismittel für die Gültigkeit strenger ehelicher und vorehelicher sexualmoralischer Ideale in der betreffenden Gesellschaft⁴.

¹ Vgl. Saller, a.a.O., S. 134.

² Siehe Saller, a.a.O., S. 115, 117.

³ So äußerte sich u.a. Thomas von Aquin (Saller, a.a.O., S. 125); vgl. weiterhin Drath, a.a.O., S. 154.

⁴ Schelsky, Soziologie der Sexualität, S. 43.

Der strenge Sittenkodex ist mit Beginn der Industrialisierung vornehmlich von der sich konsolidierenden Arbeiterklasse durchbrochen worden. Hier verkehrten besonders die achtzehn bis fünf- undzwanzig jährigen Männer und Frauen geschlechtlich miteinander, ohne sich zu verheiraten¹.

Aber auch die anderen sozialen Schichten haben sich häufig nicht an ihren Sittenkodex gehalten. Das zeigt eine Analyse der Geburtenstatistik im Königreich Sachsen für 1908². Danach sind die ersten Kinder der Industrie- und Landarbeiter zu zwei Drittel in den ersten sieben Monaten nach der Heirat geboren worden, die von Beamten zu 41 %, von Rechtsanwälten und Ärzten zu 30 % und von Geistlichen, Lehrern und Offizieren zu 15 %, also vorehelich gezeugt. Weiterhin hat Breithaupt darauf hingewiesen, daß man in vielen moralisch gefestigten Bauernfamilien von jeher nichts Anstößiges darin gesehen habe, erst dann zu heiraten, wenn die Geburt eines Hoferben mit hinreichender Sicherheit zu erwarten war³. Die Sitte der "Kammernächte" auf dem Land war schon immer weit verbreitet und wurde in früherer Zeit als "Komm- und Probenächte" durchaus auch in Fürstenhäusern geübt⁴. Hier beweist sich der Gegensatz zwischen natürlichem Trieb und allgemeiner Praxis auf der einen, Gesetzgebung und offizieller Moral auf der anderen Seite, ein Gegensatz geprägt von Heuchelei und Prüderie.⁵

¹ Vgl. Saller, a.a.O., S. 113 f.

² Nach Saller, a.a.O., S. 136.

³ So Breithaupt, Anm. zu BGH Urt. v. 26.2.1968, NJW 1968, 933.

⁴ So Saller, a.a.O., S. 137; vgl. zur Institution der "Nachfreierei" auch König, Soziologie der Familie, S. 262.

⁵ Vgl. dazu auch Rother, AcP 172, 506 f.

Der gesamtgesellschaftliche Wandel im Laufe dieses Jahrhunderts hat jedoch auch zwangsläufig die sexuellen Normen ergriffen, sind sie doch primär soziale Gestaltungen. Strafrechtliche Reformen sind ein Beispiel dafür¹. Durch die fortschreitende Industrialisierung ist es zu einer Verbesserung der Lebensverhältnisse gekommen, zu einer Erleichterung der Arbeitsbedingungen und, was nicht selbstverständlich war, zu einer vollwertigen Ernährung. Davon abhängig ist die Erscheinung der Akzeleration, unter der sowohl eine von Generation zu Generation fortschreitende Größenzunahme als auch eine Vorverlegung der Geschlechtsreife verstanden wird². Dadurch vermag der einzelne heute immer früher sexuell tätig werden und wird es auch, besonders da sich der Geschlechtsverkehr durch die Entwicklung neuer Verhütungsmittel als nahezu völlig gefahrlos erweist. Die seelische Reifung hat allerdings mit der körperlichen Entwicklung nicht Schritt halten können. Dieser Wandlungsprozeß ist sicherlich mit für den auffälligen Abbau der Erotik in den ehelichen und außerehelichen Beziehungen in unserer Gesellschaft verantwortlich, auf den Schelsky hinweist³.

Darüber hinaus kommt eine wesentliche Bedeutung der Tatsache zu, daß sexuelle Fragen zum Diskussionsgegenstand in der Gesellschaft geworden sind und nicht mehr totgeschwiegen werden. Der entscheidende Durchbruch ist wohl mit dem "Kinsey-Report"⁴

¹ Vgl. Schelsky, Soziologie und Sexualität, S. 57.

² Vgl. Saller, a.a.O., S. 138 f.

³ Schelsky, a.a.O., S. 38.

⁴ Der "Kinsey-Report" beschreibt die Untersuchungen, die von Alfred C. Kinsey und seinen Mitarbeitern seit 1937 durchgeführt und 1948 bzw. 1953 veröffentlicht worden sind: Alfred C. Kinsey, Sexual Behavior in the Human Male; Alfred C. Kinsey, Sexual Behavior in the Human Female.

gelingen, der nachweist, daß der sexuelle Habitus der nordamerikanischen Bevölkerung und die noch vorhandenen Sittenanschauungen oder gar strafrechtlichen Regelungen etwa in der Mitte dieses Jahrhunderts so stark auseinanderklafften, daß daraus ständige soziale, seelische und rechtliche Konflikte entstanden. Dieses Mißverhältnis mußte erst aufgedeckt werden, bevor auch bei uns eine Entwicklung einsetzen konnte, die von der Unehrlichkeit zur Wahrheit in sexuellen Fragen führt. Im Rahmen dieses Versachlichungsprozesses ist es zu verstehen, wenn eine im Vergleich zur Generation um die Jahrhundertwende gegenwärtig erheblich gelockerte Sexualmoral ohne schwere Sanktionen eine ganze Fülle und Abstufung außer-ehelicher Geschlechtsbeziehungen konventionalisiert oder wenigstens duldet: vom festen, eheähnlichen Zusammenleben und einem festen vorehelichen "Verhältnis" mit nur einem Partner, das zur Ehe führen kann, aber es nicht zu tun braucht, über vielerlei gelegentliche Hingabe aus flüchtiger Sympathie oder Sensationslust, aber ohne materielle Vorteile, bis zum häufig wechselnden Geschlechtsverkehr und zur "geheimen", d.h. nichtgewerbsmäßigen, aber auf Geldgewinn ausgehenden Prostitution¹. Unsere Gesellschaft ist heute also durchaus bereit, auf sexuellem Gebiet vieles zu übernehmen, auch wenn es unter anderen Voraussetzungen und sozialen Umständen als abnorm erschien. Es herrscht eine größere Freiheit, was sich durchaus gegensätzlich bewerten läßt. Einmal kann man darin einen Verfall bindender Sitten und Konventionen für die Liebes- und Geschlechtsbeziehungen, ihre Freistellung zur persönlichen Beliebigkeit, ja bis zur Korruption sehen, zum anderen sind her-

¹ So Schelsky, a.a.O., S. 47; vgl. auch die Umfrageergebnisse S. 112 ff.

vorzuheben die höhere Individualität und Gefühlsbetontheit des Liebesverhältnisses, die eben durch das Zurücktreten gesellschaftlicher und moralischer Konventionen und Gebote ermöglicht worden sind¹.

Diese Entwicklung ist für das Eheverständnis nicht ohne Auswirkungen geblieben. Sie hat dazu geführt, daß die Ehe im wesentlichen auf der gegenseitigen Zuneigung der Ehepartner und der gemeinsamen Verantwortung für die Erziehung der Kinder beruht² und nicht mehr vorwiegend als ökonomische Einrichtung und Gemeinschaft angesehen wird, die zur Lebenssicherung unbedingt aufrecht erhalten werden muß³. Gleichzeitig werden aber durch die Lockerung der sexualmoralischen Rigorosität außereheliche Geschlechtsbeziehungen begünstigt, die zu einer Gefährdung der einzelnen Ehe führen können.

Auf der einen Seite steht heute die auf gegenseitiger Zuneigung aufbauende Ehe, auf die nach dem allgemeinen Sozialbewußtsein die Geschlechtsbeziehungen beschränkt sein sollen, auf der anderen Seite locken die von der Gesellschaft dennoch tolerierten außerehelichen sexuellen und erotischen Chancen. Mit dem Rückzug der Gesellschaft in die Position der Nichteinmischung ist die Entscheidungsfreiheit der einzelnen Individuen größer geworden. Sie müssen bestimmen, ob und wie sie miteinander zusammenleben. Dem Staat kommt es nur

¹ Schelsky, Soziologie der Sexualität, S. 107.

² Vgl. oben S. 121 f.

³ Wenn Schelsky in seiner "Soziologie der Sexualität" (S. 28) die Ehe noch als "Notmonogamie" beschreibt, aus der es kaum ein Entrinnen gibt, liegt das an dem frühen Erscheinungszeitpunkt seines Werkes (1953). Infolgedessen ist die Entwicklung der vergangenen zwanzig Jahren unberücksichtigt geblieben.

noch zu, z.B. einer verlassenen Ehefrau zur Durchsetzung ihrer begründeten materiellen Ansprüche zu verhelfen oder für den Schutz der minderjährigen Kinder zu sorgen.

Somit ergibt sich auch hier für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von "Mätressentestamenten" ein ähnliches Bild wie unter Berücksichtigung der Familiensoziologie. Wiederum ist zunächst zu unterscheiden, wer durch die Erbeinsetzung einer "Geliebten" benachteiligt wird" ob es sich um Mitglieder der Kernfamilie oder um andere Verwandte handelt, die im Falle gesetzlicher Erbfolge erbberechtigt wären. Für diese ist die Problematik folgendermaßen zu beurteilen: im Zuge des sozialen Wandels ist die gesellschaftliche Einstellung zu Fragen der Sexualität offener und ehrlicher geworden. Die sexuellen Freiheiten haben zugenommen. Die Entwicklung hat gleichzeitig zu einer Verinnerlichung der Liebesverhältnisse geführt. Von daher ergibt sich eine stärkere Verbundenheit des Erblassers zu seiner "Geliebten" als zu seinen Verwandten. Da die Gesellschaft derartige außereheliche Beziehungen nicht mehr mit Sanktionen bedroht, sondern es vielmehr der Individualität des einzelnen überläßt, welche sexuellen Verbindungen er herstellt, muß sie es auch anerkennen, wenn jemand in einem Testament zugunsten seiner Geliebten verfügt. Die menschliche Bindung ist in solchen Fällen höher zu bewerten als das zufällige Kriterium entfernter Verwandtschaft. Das gilt um so mehr, als es bei einer flüchtigen Verbindung kaum zu einer Erbeinsetzung kommt, die doch grundsätzlich auf eine innere Beziehung schließen läßt. Deshalb erscheint es nicht gerechtfertigt, die Sittenwidrigkeit entsprechender letztwilliger Verfügungen anzunehmen.

Auch wenn Mitglieder der Kernfamilie durch ein

Testament zugunsten einer "Geliebten" übergangen werden, darf man aus soziologischer Sicht zu keinem anderen Ergebnis kommen. Der Wandel zur Individualität und Gefühlsbetontheit der Liebesverhältnisse mit der Freistellung der Liebes- und Geschlechtsbeziehungen zur persönlichen Beliebigkeit hat es mit sich gebracht, daß ein außereheliches Verhältnis toleriert wird. Darin sieht man nämlich ein Erkalten der Beziehungen innerhalb der Ehe, was unter Umständen zu ihrer Auflösung führen kann, weil die ursprüngliche Voraussetzung für den Eheschluß, die beiderseitige Zuneigung, nicht mehr gegeben ist. Es ist dann die Aufgabe des Unterhaltsrechts, die gegenseitigen Ansprüche innerhalb einer Familie zu regeln. Erbrechtlich darf eine letztwillige Verfügung zugunsten einer dritten Person nicht verhindert werden.

Den oben beschriebenen demoskopischen Umfragen¹ ist zu entnehmen, daß dieses Ergebnis von der Bevölkerung höchst unterschiedlich beurteilt wird. Das spricht aber nicht gegen seine Verwertbarkeit, sondern weist nur auf den nicht abgeschlossenen Wandlungsprozeß in Fragen der Sexualität hin. Denn im Augenblick befinden wir uns in einer Übergangsphase, in der die verschiedenen Auffassungen jeweils von einer starken Gruppe vertreten werden.

III. Anforderungen an die Rechtsprechung zu den "Mätressentestamenten". Zugleich eine Zusammenfassung.

Daraus ergibt sich die Problematik, die auf die Gerichte zukommt, wenn sie eine Entscheidung über die Sittenwidrigkeit eines "Geliebtentestaments"

¹ Vgl. S. 109 ff.; S. 112 ff.

treffen müssen. Die vorliegenden Lösungen sind häufig begründeter Kritik ausgesetzt gewesen. Deshalb soll unter Berücksichtigung der gewonnenen soziologischen Einsichten versucht werden, eine grundsätzliche Antwort auf die Frage zu geben, welchen Anforderungen die Rechtsprechung genügen muß, damit ihre Urteile Anerkennung finden können.

1. Testierfreiheit und Familienerbrecht

Eine Voraussetzung dafür ist die Übereinstimmung mit den grundlegenden Prinzipien des geltenden Erbrechts, wie sie durch die Verfassung und das Bürgerliche Gesetzbuch vorgeschrieben werden. Auf sie hat sich auch bereits der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 31.3.1970¹ besonnen, als er ein Bekenntnis zur Testierfreiheit abgelegt und ihr zumindest verbal den Vorrang vor dem Schutz von Ehe und Verwandtschaft eingeräumt hat². Die Testierfreiheit ist Ausdruck der Privatautonomie und gibt dem einzelnen die Möglichkeit, für die Zeit nach dem Tode über sein Vermögen rechtswirksame Bestimmungen zu treffen³. Das entspricht der Vorstellung des liberalen Gesetzgebers, nach der im Mittelpunkt des Privatrechts die "autonom" nach eigenem Belieben und unabhängig voneinander Rechtsgeschäfte abschließenden, unzähligen einzelnen Rechtssubjekte stehen⁴. Dieser im ganzen Privatrecht geltende Grundsatz der Privatautonomie wird durch das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 geschützt⁵.

¹ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ.53, 369 - 383.

² Vgl. oben S. 52 ff.

³ So u.a. Kipp-Coing, Erbrecht, S. 74.

⁴ v. Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, S. 61 f.

⁵ Brox, Erbrecht, S. 14.; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 19.

Die Verfassung bestätigt auch in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG das Privaterbrecht als Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts gegenüber dem Staat (subjektiv-öffentliches Erbfreiheitsrecht) und garantiert objektiv-rechtlich seine Einrichtung (Einrichtungs- oder Institutsgarantie)¹. Darin eingeschlossen ist die Freiheit des Erblassers darüber zu bestimmen, an wen sein Vermögen fallen soll². Dadurch ist es möglich, eine den Verhältnissen entsprechende, passende, individuelle Lösung der Nachfolge zu erreichen, wie sie die starren Verteilungsnormen der gesetzlichen Erbfolge nicht schaffen können³. Dem von der Testierfreiheit berufenen autonomen Willen des Erblassers kommt somit die Funktion zu, andere Regelungen zu ermöglichen als es die gesetzlichen Aussagen der §§ 1924 ff. BGB vorsehen.⁴

In seiner Freiheit, Wert und Unwert grundsätzlich gleicherweise geöffnet, gebührt dem Willen des Erblassers jedoch kein absoluter Geltungsanspruch⁵. Denn er findet seine Grenze an den "guten Sitten" des § 138 BGB mit seiner negativ begrenzenden Funktion. Bei der Frage der Sittenwidrigkeit im Sinne dieser Bestimmung geht es nämlich nicht darum, für eine dem Leitbild gerechten Verhaltens entsprechende oder vom richterlichen Billigkeits-

¹ Brox, Erbrecht, S. 13 f.; v. Mangoldt-Klein, Art. 14 II 6; Maunz-Düring-Herzog, Art. 14 Anm. 3, 30, 42; vgl. auch Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 404.

² Brox, Erbrecht, S. 14; vgl. auch Boehmer, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 418.

³ So Kipp-Coing, Erbrecht, S. 75.

⁴ Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 327; vgl. auch Staudinger-Boehmer, Erbrecht, Einl. § 17 Anm. 3; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 42 f.

⁵ Gernhuber, a.a.O., S. 327.

empfinden geforderte und insofern "gerechtfertigte oder zumindest weniger anstößige"¹ Teilung des Nachlasses zu sorgen und so positiv ein moralisches Verhalten zu erzwingen. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine die Privatautonomie begrenzende Negativfunktion, deren "nihil obstat" nicht positiv eine moralische Billigung enthält, sondern die nur solchen Rechtsgeschäften die rechtliche Anerkennung versagt, die im Widerspruch zu den Geboten elementarer Sittlichkeit stehen, d.h. im Widerspruch zu den von allen rechtlich Denkenden, ohne Unterschied ihrer "Weltanschauungen", respektierten Grundsätzen der praktischen Moral². § 138 eröffnet im Grunde nicht den Weg für eine dem Billigkeitsempfinden entsprechende Beerbung. Muß die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung angenommen werden, ist die Rückkehr zur gesetzlichen Erbfolge unvermeidlich, die ausschließlich der Ehe und Verwandtschaft folgt und damit stets auch ein sittliches Prinzip verwirklicht, das mit jeder in die Verteilung der Erbmasse eingreifenden letztwilligen Verfügung mehr oder weniger verletzt wird. Problematisch ist, inwieweit das von unserer Rechtsordnung hingenommen wird.

¹ So aber BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 378.

² Vgl. Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebtestamente, S. 59; Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 340; zur Negativfunktion der Bestimmung des § 138 auch Ramm, Abschied vom "Mätressentestament", JZ 1970, 130; vgl. daneben noch Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 408; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 365 f.

³ Vgl. Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 327 f.

Zum Wesensgehalt des Erbrechts gehört neben dem Privatrecht mit der Testierfreiheit auch das Familienerbrecht, das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert wird¹. Wenn Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, ist darin einmal eine Institutsgarantie zu sehen, die sichert, daß Ehe und Familie als wesentliche Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung erhalten bleiben. Darüber hinaus wirkt diese Vorschrift jedoch nicht einfach als ein bloßer Programmsatz und ein Bekenntnis wie unter der Weimarer Reichsverfassung, sondern es handelt sich dabei zugleich um eine Grundsatznorm, d.h. eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts².

Daraus darf nun nicht voreilig der Schluß gezogen werden, das Erbrecht müsse in jedem Falle eine Familienerbfolge gewährleisten und letztwillige Verfügungen zugunsten Dritter negieren. Das Grundgesetz garantiert nämlich das Familienerbrecht nur in einem Kernbestand³ und beschränkt sich dabei auf die nächsten Familienangehörigen, die durch Unterhalts- und Beistandspflichten als eine schuldrechtliche Vermögensgemeinschaft gekennzeichnet

¹ Vgl. Brox, Erbrecht, S. 13.

² BVerfG Beschl. v. 17.1.1957, BVerfGE 6, 55, 71 f.; BVerfG Beschl. v. 7.5.1957, BVerfGE 6, 386, 388; BVerfG Beschl. v. 14.4.1959, BVerfGE 9, 237, 242; Maunz-Düring-Herzog, Art. 6 Rdn. 6; vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Art. 6 III 7.

³ Vgl. dazu Maunz-Düring-Herzog, Art. 6 Rdn. 17.

sind¹. Im übrigen läßt es dem Gesetzgeber in bezug auf die Gestaltung des Erbrechts erhebliche Freiheiten, so daß er nach Belieben die Familienerbfolge und die Testierfreiheit ausweiten oder einengen kann. Entscheidend ist allein die Wahrung des Kernbestandes dieser Prinzipien².

Den verfassungsmäßigen Anforderungen genügt das Bürgerliche Gesetzbuch durch das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB)³. Dadurch sichert es den nächsten Angehörigen des Erblassers einen Mindestanteil am Nachlaß, der ihnen nur aus besonders schweren und daher genau bestimmten Gründen entzogen werden kann. Der Pflichtteilsberechtigte ist nicht mit den Erben gemeinschaftlich Herr des Nachlasses, sondern er hat als Nachlaßgläubiger nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben auf Zahlung einer Geldsumme in Höhe der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils⁴. Immerhin macht das die Hälfte des Gesamtnachlaßwertes aus, wenn der Erblasser keine Familienangehörigen zu Erben eingesetzt hat. Das ist ausreichend, um einem Verstoß gegen das in der gesetzlichen Erbfolge wirkende sittliche Prinzip jede verfassungswidrige Relevanz zu nehmen⁵. Die Privaterbfolge beruht folglich auf einem Kompromiß zwischen Testierfreiheit und Familienerbrecht⁶.

¹ Staudinger-Boehmer, Erbrecht, Einl. § 23 Rdn. 13; auch Brox, Erbrecht, S. 12.

² Vgl. Maunz-Düring-Herzog, Art. 14 Rdn. 43, 45; Art. 6 Rdn. 6.

³ Siegers, Die Sittenwidrigkeit von letztwilligen Zuwendungen eines Vaters an sein uneheliches Kind, FamRZ 1965, 597 f.

⁴ So u.a. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 18.

⁵ Vgl. Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 328.

⁶ Boehmer, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 410; auch Staudinger-Boehmer, Erbrecht, Einl. § 23 Rdn. 9; so ebenfalls Brox, Erbrecht, S. 12.

Zwar gehört die Testierfreiheit nach der rechtspolitischen Grundanschauung des Grundgesetzes zum "Wesensgehalt" des Erbrechts, sie muß allerdings von vornherein die, aber auch nur die Beschränkung durch das Pflichtteilsrecht hinnehmen¹. Dabei bleibt der Erblasser in der Wahl seiner Erben absolut frei, es sinkt jedoch der Wert des Nachlasses durch die Pflichtteilsansprüche der nahen Verwandten, die keine Erben sind. Das Gesetz hat also die Belange der Angehörigen ausschließlich durch die Gewährung von Pflichtteilsansprüchen geschützt. Darüber besteht zumindest im Ausgangspunkt Einigkeit in Rechtsprechung² und Literatur³. Eine ganz andere Frage ist es, ob durch die Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB familienfreundlichere Ergebnisse zu erzielen sind.

2. Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB

a. Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts

Bei der Beurteilung, wann und in welchem Umfang eine letztwillige Zuwendung des Erblassers an seine "Geliebte" wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 31.3.1970⁴ einen Schritt nach vorn getan, Endlich hat er der

¹ Boehmer, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. II, S. 418; Maunz-Düring-Herzog, Art. 14 Rdn. 43.

² BGH Urt. v. 17.3.1969, BGH 52, 17, 19 f. = FamRZ 1969, 323, 324 = NJW 1969, 1343, 1345 f.; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 374 = NJW 1970, 1273, 1274 f.

³ Reinicke, Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969; NJW 1969, 1344; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes; NJW 1971, 404; Bosch, Anm. zu BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 290; Ramm, Abschied vom Mätressentestament, JZ 1970, 131 f.; Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressentestament", JZ 1968, 445; Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, S. 49 ff.

⁴ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 - 383.

fundierten Kritik in der Literatur¹ Rechnung getragen und sich eindeutig dazu bekannt, es gehe im Rahmen des § 138 BGB nicht entscheidend um die Beurteilung des Verhaltens einer Person und um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts². Solange sich zwischenmenschliche Beziehungen ausschließlich im geselligen Bereich abspielen, unterliegen sie nur den Geboten von Sitte und Anstand, denen der Rechtswang fremd ist³. Das gilt auch für Liebesbeziehungen. Deshalb ist die Aussage Zweigerts richtig, der außereheliche Verkehr sei juristisch indifferent⁴. Im geselligen Bereich fehlt es an der Rechtssphäre, in der die Norm-Sitte in Funktion treten könnte. Erst dann, wenn die "Liebe" diesen geselligen Bereich verläßt und zum "Geschäft" wird - also Entgeltcharakter annimmt -, bewegt sie sich im rechtsgeschäftlichen Bereich⁵. Der wird mit einer letztwilligen Verfügung zugunsten einer Geliebten erreicht. Die Testamentserrichtung, die ausschließlich die materielle Gütersphäre betrifft, gilt es zu bewerten; es ist weder eine "dolce vita" zu ahnden, noch überhaupt die "unmoralische" Lebensweise von Personen zu verurteilen⁶.

¹ Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 376: Danach ist die frühere Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Zuwendungen im Rahmen eines Liebesverhältnisses "geradezu exemplarisch" dafür, daß sich der Richter zum Sittenrichter über das Verhalten von Personen aufwirft, statt nur die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts zu prüfen; Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressen-Testament", JZ 1968, 446; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 405 f.; Wiethölter, Rechtswissenschaft, S. 237 f.

² BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375; vgl. auch oben S. 30 ff.

³ Husmann, a.a.O., S. 405 f.

⁴ Zweigert, Verhandlungen des Vierundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II, C 8; a.A. Böhm, Besprechung: Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, FamRZ 1971, 605 f.

⁵ Husmann, a.a.O., S. 406.

⁶ Müller-Freienfels, a.a.O., S. 446.

In diesem Sinne kann der Formulierung der Rechtsprechung zugestimmt werden, die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung sei nach ihrem Gesamtcharakter zu beurteilen, der sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebe¹. Erst die Gesamtschau aller Umstände, die zu einer letztwilligen Zuwendung zugunsten der "Geliebten" geführt haben, und aller unmittelbaren Auswirkungen, die damit verbunden sind, ermöglicht eine Entscheidung über die Frage der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

Ohne eine Wertung vorzunehmen, sei an die wesentlichen Gründe erinnert, die in der bisherigen Diskussion eine Rolle gespielt haben. Unbestritten ist von der Rechtsprechung immer die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung angenommen worden, die Entgeltcharakter trug, d.h. zur Belohnung oder Förderung des Geschlechtsverkehrs ausgesetzt war². Die Gerichte haben dabei jedoch häufig Schwierigkeiten gehabt, die sexuelle Motivation beim Erblasser festzustellen. Wenn sie dabei auf die Vermutung für die Maßgeblichkeit der sexuellen Motivation des Testators ausgewichen sind und die Darlegungs- und Beweislast für das Gegenteil der Bedachten aufgebürdet haben, war das ein zurecht

¹ BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 375 f.; ebenso u.a. Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 375; Larenz, Allgemeiner Teil, S. 366; Staudinger-Coing, § 138 Rdn. 12, 13; a.A. Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, S. 334, der sich in diesem Falle für eine objektive Konzeption des Nichtigkeitstatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB ausspricht. Für eine objektive Konzeption des § 138 Abs. 1 BGB überhaupt hat Mayer-Maly votiert (Mayer-Maly, Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 16.3.1971. Das Konzept des Vortrages ist dem Verfasser freundlicherweise zur Verfügung gestellt worden).

² Vgl. oben S. 32, Fußnote 2 m.w.Nachw.

kritisierte Fehlgriß¹, den der Bundesgerichtshof inzwischen korrigiert hat². Deshalb erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf diese Frage. - Um dennoch einen Verstoß gegen die "guten Sitten" bejahen zu können, hat der Bundesgerichtshof den Schutz von Ehe und Familie und die Zurücksetzung naher Angehöriger als maßgebliche Entscheidungskriterien herangezogen³. Dadurch hat er praktisch ein materielles Noterbrecht begründet, das dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd ist⁴.

Andererseits hat die Rechtsprechung die sog. "achtenswerten Beweggründe" eingeführt, die einer letztwilligen Verfügung den Charakter der Sittenwidrigkeit nehmen können⁵. Dazu gehört vornehmlich der Gedanke, geleistete, wertvolle Dienste anzuerkennen und für einen materiellen Ausgleich zu sorgen. Daneben ist es aber auch positiv bewertet worden, wenn der Erblasser begangenes Unrecht an seiner "Geliebten" sühnen oder seiner Verantwortung für die von ihm gezeugten unehelichen Kinder gerecht werden wollte.

¹ Vgl. oben S. 35 ff. m.w.Nachw.; Gernhuber Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 330; Gaul, Besprechung: Soergel-Siebert, Erbrecht, FamRZ 1961, 501; Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressentestament", JZ 1968, 445; Ramm, Abschied vom "Mätressentestament", JZ 1970, 130; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 406; Breithaupt, Anm. zu BGH Urt. v. 26.2.1968, NJW 1968, 933; Speckmann, Anm. zu BGH Beschl. v. 31.3.1970, NJW 1970, 1839 f.

² BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369, 379 ff.; vgl. auch oben S. 39 ff.

³ BGH, a.a.O., S. 381 ff.; vgl. auch oben S. 44 ff.

⁴ Reinicke, Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969, NJW 1969, 1344 f.; Ramm, Abschied vom "Mätressentestament", JZ 1970, 130; Siegers, Die Sittenwidrigkeit von letztwilligen Zuwendungen eines Vaters an sein uneheliches Kind, FamRZ 1965, 598; Bosch, Anm. zu BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 290; vgl. auch Bosch, Ehe und Familie in der Rechtsordnung, FamRZ 1966, 59; Speckmann, Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung, JZ 1970, 401 f. 5 Vgl. oben S. 32 ff.

Neben dem Entschädigungs- und Versorgungsgedanken hat der Bundesgerichtshof zwar noch gesehen, daß gerade in einem lange währenden außerehelichen Verhältnis seelische Beziehungen und geistige Verbindungen entstehen können, die dem einzelnen Partner eine wertvolle Hilfe sind. Aber als "achtenswerte Beweggründe" anerkannt hat er sie nicht¹.

b. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Bevor unter Berücksichtigung aller Umstände eine Entscheidung darüber herbeigeführt werden kann, ob ein Sittenverstoß vorliegt oder nicht, ist noch die alte Streitfrage des maßgeblichen Zeitpunktes für die Beurteilung letztwilliger Verfügungen zu klären². Wenn sich die Verhältnisse in der Zeit zwischen ihrer Errichtung und dem Eintritt des

¹ Vgl. oben S. 35 Fußnoten 3, 4 m.w.Nachw.; auch S. 39.

² Für den Beurteilungszeitpunkt des Erbfalls: Bartholomeyczik, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nichtiger Verfügungen von Todes wegen, S. 26 ff.; v.a. 45 f., 59 ff.; Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts, WM 1971, 923; Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, S. 40; Böhm, Besprechung: Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, FamRZ 1971, 605. Jeder, Eheähnliche Verhältnisse und die Stellung der "Geliebten" im Spiegel der deutschen Rechtsprechung, S. 144. Lange, Allgemeiner Teil, S. 329 f.; Brox, Erbrecht, S. 143; Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, S. 334f.; v. Bremen-Kühne, Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 5.7.1955, NJW 1956, 265 f.; Breithaupt, Anm. zu BGH Urt. v. 26.2.1968, NJW 1968, 933; dagegen für den Zeitpunkt der Testamentserrichtung: Birk, Der Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Testamenten und Erbverträgen, FamRZ 1964, 120 ff.; Schumacher, Sittenwidrige Testamente, FamRZ 1956, 262; Rechenmacher, Anm. zu BGH Urt. v. 15.2.1956, NJW 1956, 865 f. mit weiteren ausführlichen Literaturhinweisen.

Erbfalls geändert haben, kann es nämlich für die Entscheidung, ob die Verfügung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, darauf ankommen, welche Verhältnisse zugrunde gelegt werden müssen, Hat man auf diejenigen abzustellen, die bestanden, als die Verfügung errichtet wurde, oder auf diejenigen, die gegeben waren, als der Erbfall eintrat? Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof haben hier in Abhängigkeit von ihrer objektiven bzw. subjektiven Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB voneinander abweichende Standpunkte vertreten¹.

Durch die Neuorientierung des Bundesgerichtshofs zu einer vornehmlich objektiven Prüfung der Sittenwidrigkeit ist es zweifelhaft, ob auch heute noch an der Auffassung festzuhalten ist, nach der auf die Verhältnisse abgestellt werden muß, die zu der Zeit bestanden, als die Verfügung errichtet wurde. Dagegen spricht, daß von einem Testament erst im Zeitpunkt des Erbfalles Rechtsfolgen ausgehen² und für die Annahme der Sittenwidrigkeit mehr die sittlich zu verurteilenden Auswirkungen einer letztwilligen Verfügung herangezogen werden

¹ Siehe oben S. 21 ff., 53 ff. m.w.Nachw.

² Darauf beruht die dogmatische Begründung Bartholomeycziks für den Zeitpunkt des Erbfalls zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit. (Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nichtiger Verfügungen von Todes wegen, S. 26 ff.). Nach B. dürfen Willenserklärungen und Rechtsgeschäft nicht als synonyme Begriffe verwandt werden (S. 45). Die Willenserklärung initiiert und trägt das Rechtsgeschäft. Aber sie braucht nur auf die rechtliche Wirkung gerichtet zu sein, die sie jedoch nicht schon objektiv herbeiführen muß. So ist eine letztwillige Verfügung nur Willenserklärung, die erst mit dem Erbfall zum Rechtsgeschäft wird (S. 45, 59, 63). Der Tatbestand "Rechtsgeschäft" i.S. des § 138 BGB ist deshalb in der Regel erst mit dem Tode des Erblassers voll erfüllt (S. 63, 67 f.). Von diesem Zeitpunkt ist bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit auszugehen; siehe weiter Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 379; v. Bremen-Kühne, Anm. zu OLG Celle, Urt. v. 5.7.1955, NJW 1956, 265.

als der zu mißbilligende Wille des Erblassers. Außerdem darf § 2171 BGB nicht übersehen werden, jene Norm, die jedes Vermächtnis für unwirksam erklärt, das gegen ein zur Zeit des Erbfalls bestehendes gesetzliches Verbot verstößt. Sie kann nur als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens verstanden werden, der letztwillige Verfügungen in all ihren Erscheinungsformen und Gestaltungen ergreift, und nicht nur insoweit, als sie Vermächtnisse mit sich führen¹. Dabei ist es gleichbedeutend, ob die Unwirksamkeit durch ein gesetzliches Verbot oder durch einen Sittenverstoß in Frage steht¹.

Letzte Bedenken gegen den Beurteilungszeitpunkt des Erbfalls bestehen allerdings noch für die seltenen Fälle, in denen mit der Verfügung der Zweck verfolgt wurde, die "Geliebte" dadurch zu bestimmen, ihr Verhalten mit dem Erblasser fortzusetzen. Der Bundesgerichtshof hat den Standpunkt vertreten, eine Verfügung könne zu keiner Zeit als gültig anerkannt werden, die im Zeitpunkt der Errichtung gegen die "guten Sitten" verstoße². Dessen ungeachtet sollte sie dennoch als wirksam angesehen werden, wenn sie nach den zur Zeit des Erbfalls gegebenen Umständen sittlich nicht mehr zu mißbilligen oder gar durchaus zu billigen ist, zumal erst dann Rechtsfolgen eintreten können. Dadurch, daß der Erblasser die letztwillige Verfügung nicht

¹ Gernhuber, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, S. 335; Simshäuser, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, S. 40, Staudinger-Seybold, § 2171 Rdn. 3, 4; § 2147 Rdn. 14; a.A. Rechenmacher, Anm. zu BGH Urt. v. 15.2.1956, NJW 1956, 866. Er will in einer petitio principii "die Ausnahmevorschrift des § 2171" der Sittenordnung fernhalten.

² So a.a. BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71, 74.

widerrufen hat, hat er zu erkennen gegeben, daß er sie auch jetzt noch will. Aufgabe der Rechtsprechung ist es nicht, in einem solchen Fall dem nicht mehr anstößig erscheinenden Willen des Erblassers den Erfolg zu versagen und dadurch den Erblasser zum Schaden der Bedachten zu bestrafen, weil er in früherer Zeit aus anstößigen Beweggründen diesen Willensentschluß gefaßt hat¹. § 138 will nicht die verwerfliche Gesinnung des Erblassers bestrafen, sondern einen zu mißbilligenden Rechtserfolg verhindern².

Auch diejenigen, die sich nicht auf einen objektiven Tatbestand des § 138 Abs. 1 zurückziehen, sondern ebenfalls subjektive Kriterien berücksichtigen, sollten deshalb den Tod des Erblassers als entscheidenden Zeitpunkt für die Beurteilung letztwilliger Verfügungen wählen. Das erleichtert gerade in einer Zeit des sozialen Wandels die Konkretisierung des Begriffs der "guten Sitten". Hier kann auf die präsenten Anschauungen des gesellschaftlichen Lebens zurückgegriffen werden, die für ein länger zurückliegendes Datum unter Umständen nur noch schwer oder überhaupt nicht mehr feststellbar sind.

c. Zur Konkretisierung der "guten Sitten"

Ohne Kenntnis der gesellschaftlichen Auffassungen ist praktisch aber überhaupt keine Entscheidung über die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts möglich. Das als Leerformel entkleidete "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" kann

¹ Johannsen, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet des Erbrechts, WM 1971, 923.

² Brox, Erbrecht, S. 143.

nicht länger als Deckmantel für eine unbegründete Entscheidung vorgeschoben werden¹. Das Verdikt eines Verstoßes gegen die "guten Sitten" darf nur noch die letztwillige Verfügung treffen, die der von dem Gericht ermittelten Durchschnittswertung entgegensteht². Um darüber Aufschluß zu gewinnen, muß man sich die Erkenntnisse der empirischen Sozialforschung und der allgemeinen Soziologie zunutze machen.

Die vorliegenden Ergebnisse zur Sittenwidrigkeit von Mätressentestamenten beweisen, daß die Gesellschaft sehr unterschiedlich darüber denkt³. Hier kehrt die Problematik des Verhältnisses von Testierfreiheit und Familienerbrecht wieder⁴, allerdings unter einem anderen Gesichtspunkt. Wenn es den moralischen Vorstellungen vieler Menschen entspricht, daß ein Erblasser seine Familie nicht zugunsten einer "Geliebten" übergehen darf, ist das eine andere Frage als die, inwieweit Ehe und Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind. Den Anforderungen des Grundgesetzes ist mit dem Pflichtteilsrecht Genüge getan⁵.

Daneben besteht aber durchaus noch die Möglichkeit, den sittlichen Vorstellungen der Bevölkerung über § 138 Abs. 1 BGB Rechnung zu tragen und über die Bejahung der Sittenwidrigkeit zur gesetzlichen Erbfolge zu gelangen. Die Umfrage des EMNID-Instituts⁶ deutet auch darauf hin, daß die Bevölkerung allgemein das sittliche Prinzip der Familienerbfolge mit verwirklicht sehen möchte. Zwar sind

¹ Siehe oben S. 79 ff.

² Siehe oben S. 100 f.

³ Siehe oben S. 111 ff.

⁴ Vgl. oben S. 133 ff.

⁵ So bereits oben S. 136 f. m.w.Nachw.

⁶ Siehe oben S. 109 ff.

60 % der Befragten für die erbrechtliche Berücksichtigung der Geliebten eingetreten, aber immer nur neben der erbberechtigten Ehefrau¹. Darin zeigt sich durchaus eine Parallelität mit den Absichten vieler Erblasser, über deren letztwillige Verfügungen bereits unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit entschieden worden ist. Häufig sollten danach die "Geliebten" nicht Alleinerben werden, sondern sich mit einer Teilerbeinsetzung² neben Familienangehörigen oder einem Vermächtnis³ begnügen.

Es wäre jedoch verfehlt, daraus etwa den Schluß zu ziehen, eine letztwillige Zuwendung der Geliebten verstoße nur dann nicht gegen die "guten Sitten", wenn sie sich in Grenzen halte, d.h. wenn den pflichtteilsberechtigten Personen ihr gesetzlicher Erbanteil annähernd erhalten bleibe. Denn es bestehen wesentliche, durch die Frage bedingte Unterschiede zwischen den Aussagen derjenigen, die eine bestimmte Regelung für wünschenswert halten, wie es gerade bei den Befragten in der

¹ So S. 111.

² BGH Urt. v. 6.5.1954, FamRZ 1954, 195 ff.

³ OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.4.1902, Seuff.Arch. 57, 438 ff.; RG Urt. v. 4.11.1909, JW 1910, 6 f.; RG Urt. v. 3.11.1910, JW 1911, 29; RG Urt. v. 4.11.1926, LZ 1927, Sp. 531 - 533; RG Urt. v. 11.10.1928, Gruchot 70, 548 ff.; RG Urt. v. 5.3.1934, Warn.Rspr. 1934, 193 ff.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.1938, Höchstr. Rspr. 1938 Nr. 576; RG Urt. v. 31.7.1942, Seuff.Arch. 96, 171 f.; RG Urt. v. 9.10.1942, DR 1943, 91 ff.; BGH Urt. v. 15.2.1956, BGHZ 20, 71 ff.; BGH Urt. v. 8.1.1964, FamRZ 1964, 140 ff.; BGH Urt. v. 26.2.1968, JZ 1968, 466 ff.;
Alleinerbeinsetzungen der "Geliebten":
RG Urt. v. 18.3.1929, Höchstr. Rspr. 1929, 1301 f.; BGH Urt. v. 15.6.1955, FamRZ 1963, 287 ff.; BGH Urt. v. 25.4.1956, FamRZ 1956, 219 ff.; BGH Urt. v. 29.1.1958, FamRZ 1958, 127 ff.; KG Beschl. v. 13.2.1967, FamRZ 1967, 226 ff.; BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17 ff.; BGH Beschl. v. 31.3.1970, BGHZ 53, 369 ff.

EMNID-Umfrage der Fall war¹, die sie tolerieren oder die sie für sittenwidrig halten. § 138 ist klar in seiner Schrankenfunktion zu erkennen und nicht als eine Vorschrift, die eine dem Billigkeitsempfinden entsprechende Erbfolge ermöglicht. Deshalb sollte er nur dann angewandt werden, wenn das Gericht nach sorgfältiger Prüfung unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Wertvorstellungen zu dem Ergebnis kommt, daß eine Erbeinsetzung gegen die ermittelte Durchschnittswertung verstößt.

d. Teilnichtigkeit

Dabei erscheint es nicht ausgeschlossen zu sein, daß man in bestimmten Fällen zu einer Durchschnittswertung gelangt, die eine teilweise Erbeinsetzung der "Geliebten" akzeptiert. Ist sie nun aber nicht in der entsprechenden Quote sondern zur Alleinerbin bestimmt, stellt sich das Problem der Teilnichtigkeit letztwilliger Verfügungen. Grundsätzlich unterliegt es keinem Zweifel, daß eine einheitliche letztwillige Verfügung teilweise unwirksam sein kann. Fraglich ist nur, ob in einem solchen Fall § 139 BGB anwendbar ist oder die Sondervorschrift des § 2085 BGB eingreift². Dem Wortlaut nach setzt § 2085 BGB die Unwirksamkeit einer von mehreren selbständigen Verfügungen voraus, so daß Raum für eine Anwendung des § 139 BGB bliebe, wenn eine dieser selbständigen Verfügungen ihrerseits teilweise nichtig ist³. Doch neigt die neuere Lehre mit Recht dazu, den "favor testamenti"⁴ auch

¹ Siehe S. 109 ff.

² Darauf weist der Bundesgerichtshof hin, entscheidet diese Frage aber selbst nicht (BGH Urt. v. 17.3.1969, BGHZ 52, 17, 25).

³ RGRK-Johannsen, § 2085 Anm. 7; Erman-Hense, § 2085 Anm. 1.

⁴ Favor testamenti: Man geht davon aus, daß der Erblasser die übrigen Verfügungen auch ohne die unwirksame Verfügung getroffen haben würde. (Für den Bedachten günstigere Beweisregelung als in § 139).

hier zur Geltung zu bringen und daher § 2085 BGB über seinen Wortlaut hinaus bei Teilnichtigkeit einer Verfügung ebenfalls anzuwenden¹. Dafür spricht besonders der Sinn der §§ 2085, 2084 BGB, ein Testament möglichst aufrechtzuerhalten².

Auf dieser Basis hat sich die Rechtsprechung auch für die Teilnichtigkeit von "Geliebtentestamenten" ausgesprochen³. Dagegen sind in der Literatur starke Bedenken laut geworden⁴. Reinicke plädiert dafür, eine einheitliche Verfügung, wie dies bei Rechtsgeschäften unter Lebenden der Fall ist, nur für nichtig oder für gültig zu erklären, wenn ein Verstoß gegen die "guten Sitten" in Frage steht⁵. Das mag für Verträge richtig sein⁶, bei letztwilligen Verfügungen von Todes wegen muß eine andere Beurteilung erfolgen. Dabei soll der Wille des Testators, wie auch bei Reinicke anklingt⁷, möglichst voll verwirklicht werden. Es gibt keinen Vertragspartner, auf den Rücksicht zu nehmen ist. Der Erblasser kann seine Erben grundsätzlich frei bestimmen. Stellt sich der letztwilligen Verfügung die Schranke des § 138 Abs. 1 BGB entgegen, liegt es im Interesse des Testators, daß seine Verfügung wenigstens in dem Umfang aufrecht erhal-

¹ Kipp-Coing, Erbrecht, S. 105 f.; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 114; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 363; Brox, Erbrecht, S. 144.

² Brox, a.a.O., S. 144.

³ Vgl. oben S. 49 ff. m.w.Nachw.

⁴ Reinicke, Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969, NJW 1969, 1344 f.; Ramm, Abschied vom "Mätressentestament", JZ 1970, 129 ff.; Husmann, Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 407, 409 f.

⁵ Reinicke, a.a.O., S. 1345.

⁶ Dafür Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 574; Flume äußert sich in diesem Zusammenhang nicht zu der Unsittlichkeit letztwilliger Verfügungen.

⁷ Reinicke, a.a.O., S. 1345.

ten bleibt, in dem sie nicht gegen die "guten Sitten" verstößt¹. So wird der Wille des Erblassers zwar nicht voll verwirklicht, immerhin wird er noch berücksichtigt. Wenn die Annahme der Sittenwidrigkeit wegen einer übermäßigen Erbeinsetzung nur die Nichtigkeit einer einheitlichen Verfügung im vollen Umfang herbeiführt, wird dem Willen des Erblassers noch viel weniger Rechnung getragen. Denn es kann nicht übersehen werden, daß sein Wille sicher dahin gegangen wäre, der "Geliebten", wenn ihr nicht schon alles verschafft werden konnte, doch das gesetzlich Zulässige zu überlassen².

Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn der Durchschnittswertung und sichert eine gerechte Entscheidung. Der hier beschriebene Weg ermöglicht ein hohes Maß an Rechtssicherheit und gibt sie gerade nicht preis³. Auf ihm wird nämlich genau das Ziel erreicht, das den Kritikern der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vorschwebt: Die Rechtsprechung wird angehalten, mit der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB vorsichtiger zu sein als bisher. Nur eine Entscheidung über die Sittenwidrigkeit von "Geliebtentestamenten", die weitgehend auf den erarbeiteten objektiven Kriterien beruht, garantiert den "Abschied vom 'Mätressentestament'".

¹ Vgl. Speckmann, Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung, JZ 1970, 402.

² Speckmann, Nochmals: Testierfreiheit und Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit des "Geliebtentestaments", NJW 1971, 924.

³ So aber Reinicke, Anm. zu BGH Urt. v. 17.3.1969, NJW 1969, 1345.

L e b e n s l a u f

Am 19. Oktober 1944 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Heinrich Siemens und seiner Frau Lina, geb. Plöger, in Lemgo geboren. Seit dem 15. April 1971 bin ich mit der Lehrerin Bärbel Siemens, geb. Niemeier, verheiratet.

Am 25. Februar 1964 legte ich am Engelbert-Kämpfer-Gymnasium in Lemgo die Reifeprüfung ab. Nach Ableistung einer zweijährigen Dienstzeit in der Bundeswehr nahm ich im Sommersemester 1966 an der Universität Hamburg das Studium der Rechtswissenschaften auf. Zum Wintersemester 1967/68 wechselte ich an die Universität Münster und bestand am 31. Oktober 1970 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 4. Januar 1971 befinde ich mich mit einer Unterbrechung vom 1. Mai 1971 bis zum 14. April 1972 im juristischen Vorbereitungsdienst. Außerdem bin ich seit dem 1. Oktober 1972 als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld tätig.

Druck: Burlage, Münster